

Valerius M. Ciucă

Codrin Macovei

Septimiu Panainte

- coordonatori -

ȘCOALA DREPTULUI ORGANIC

VOL. I

Ștefan Acsinte, Alexandra Gabriela Ailincăi, Irina-Catrinel Arhip, Cornelia Maria Bălan, Emilian-Ionuț Brătuleanu, Monica Elena Buruiană, Valerius M. Ciucă, Ronan le Corre, Liviu Damșa, Raluca Frunză, Elena Gârlici, Valerică Guzu, Diana Hâncu, Alexandra Huidu, Ioana Iftode, Dana Ilie, Codrin Macovei, Dan Constantin Măță, Andra Mihăilă, Oana Mihăilă, Mădălina Morariu, Alina-Neli Nica, Septimiu Panainte, Thomas C. Rawlings, Marc Richevaux, Rareș-Iulian Rotărescu, Raluca Soroceanu, Alina-Daniela Șancu, Natalia Ștefăniță, Matei Teodor

Redactor de volum: *Codrin Macovei*

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
CIUCĂ, VALERIUS M.

Școala dreptului organic / Valerius M. Ciucă, Codrin Macovei, Septimiu Panainte; pref.: Valerius M. Ciucă – Iași: Junimea, 2007

vol.

ISBN 978-973-37-1237-4

Vol. 1 – 2007. – ISBN 978-973-37-1238-1

I. Macovei, Codrin

II. Panainte, Septimiu

Valerius M. Ciucă

Codrin Macovei

Septimiu Panainte

- coordonatori -

ȘCOALA DREPTULUI ORGANIC

**APLICAȚIILE CERCULUI DE HERMENEUTICĂ JURIDICĂ
„ȘCOALA DREPTULUI ORGANIC”**

VOL. 1

Prefața: *Valerius M. Ciucă*



**EDITURA JUNIMEA
IAȘI – 2007**

Editorilor noștri

CUPRINS¹

Prefață	11
Valerius M. Ciucă	

PARTEA I. APLICAȚII METODOLOGICE

Controversata <i>libertas est naturalis facultas</i> a lui Florentinus în hermeneutica școlii dreptului organic	23
Valerius M. Ciucă	
Revocarea donației pentru surveniență de copil	51
Teodor Matei	
Incursiune în labirintul paternităților	61
Alina-Daniela Șancu	
Cotitatea disponibilă - prag al voinței?	77
Raluca Frunză	
Buna-credință în jocul pieței de capital	91
Septimiu Panainte	
Consensualism versus formalism în transferul proprietății	115
Ioana Iftode	
Contractul de <i>time-sharing</i> și controversata-i calificare în partitura drepturilor reale	131
Alexandra Huidu, Mădălina Morariu	
Clauza de preciput (<i>praecipium jus</i>) - spirit de prevedere sau <i>jus abudendi</i> excesiv?	151
Valerică Guzu, Emilian-Ionuț Brătuleanu	
Substituția fideicomisară sau voința de dincolo de moarte	161
Monica Elena Buruiană, Oana Mihăilă	
Partajul de ascendent, vestigiul al justiției private?	183
Raluca Soroceanu, Rareș-Iulian Rotărescu	
<i>Laesio enormis</i>, „armistițiul precar” al eternului conflict dintre libertate și echitate	207
Cornelia-Maria Bălan, Dana Ilie	
Mandatul aparent, instrument de transformare a falsei realități în sursă de obligații	223
Elena Gârlici	
Cumpărarea drepturilor succesoriale, „vânătoare de iluzii” a lui Acteon pe domeniul silvestrei Diana	237
Diana Hâncu, Alexandra-Gabriela Ailincăi	
O interpretare organică a <i>nexum</i>-ului	249
Dan Constantin Măță	

¹ Opiniile exprimate în această lucrare nu angajează decât pe autori, cu titlu personal.

Controverse privind fondul de comerț	271
Irina-Catrinel Arhip, Alina-Neli Nica	
Natura socială și canonică a cauzei contractului („egida Minervei” <i>versus voluntas</i>)	293
Andra Mihăilă, Natalia Ștefăniță	

PARTEA A II-A. STUDII ȘI ARTICOLE

Bicentenarul Codului civil napoleonian	313
Valerius M. Ciucă	
Quo vadis dreptul european al contractelor?	321
Codrin Macovei	
Une justice de raison ou de conviction?	333
Ronan Le Corre	
La loi et le discours. Son élaboration, son effectivité	337
Marc Richevaux	
The American Judge’s Approach to the Judicial Task: A Brief Introduction	353
Thomas C. Rawlings	
Curtea Constituțională. O evaluare a modificărilor Constituției și Legii de Organizare a Curții asupra impactului activității Curții Constituționale.....	371
Liviu Damșa	
Anexe	389
A Social Theory of Corporate Ownership Structure	409
Ștefan Acsinte	

Magno animo de rebus judicatum est¹

¹ „Lucrurile mari trebuiesc judecate cu suflet mare” (Seneca, *Epistolae*, 50, 7), apud Eugen Munteanu, Lucia-Gabriela Munteanu, *Aeterna Latinitas. Mică enciclopedie a gândirii europene în expresie latină*, Ed. Polirom, Iași, 1996, p. 145.

PREFAȚĂ

Mediul juridic european, în ipostaza-i academică, traversează o perioadă de febrile căutări ale unor noi metode interpretative în tot mai eflorescentele domenii ale dreptului. Necesitatea acestor metode este potențată de fenomenele evident mai accentuate de inflație legislativă și relativism cultural.

În acest mediu juridic volatil, în cadrul căruia tendința atomizării viziunilor congruente ideologic de altădată este evidentă, noile curente „jurisprudențialiste” contribuie la relativizarea augmentă, la lipsa de coerență logică și la dizarmonia spiritului de echitate și justiție. Fragmentarea excesivă a culturii juridice, practicismul îngust și relativismul tezist fac imposibilă determinarea unor viziuni comune asupra spiritului justițiar. Dreptatea, liant superior al oricărei societăți, este, astfel, redusă la un particularism asocial, plurimorf, sectar, la irelevante circumstanțieri, asemănătoare arbitrariului dacă nu, dimpotrivă, la noi viziuni totalitariste, tiranice, abuziv-uniformiste.

Cele de mai sus fiind premisele sociale ale momentului, dintr-o perspectivă contrară, organicistă, în cadrul preocupărilor academice ieșene din domeniul juridic, au apărut, printre altele, două cercuri de cercetare metodologică a problemelor controversate ale textelor juridice (ținând cont de vechiul principiu *In claris interpretatio cessat*): Centrul de cercetări juridice „Școala Exegetică după Metoda Postglosatorilor” al Universității „Petre Andrei”, respectiv, Cercul de hermeneutică juridică „Școala Dreptului Organic” al Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza”. Ambele se întemeiază pe metoda scolastică bartolistă, a comentatorilor bolognezi medievali, îmbogățită cu principiile exegeticii franceze din secolul XIX și cu rezultatele științelor sociale moderne, anexe utile ale dreptului.

Școala dreptului organic prelungește paradigma celei exegetice după metoda postglosatorilor prin acei pași metodologici ce favorizează comparatismul și, ceea ce ne place să numim, „inventologia” juridică. Cu alte cuvinte, epuizează conceptul de hermeneutică pură a dreptului și extinde cercetarea în spațiul noetic al dreptului, în „ectoplasma” juridică, cum ar spune I.C. Culianu, pentru a-i înnobila cultura cu noi viziuni, noi posibilități, eventual noi soluții principiale, conectate la rațiune, dar și la sentimentele nobile, precum iubirea necondiționată¹ și empatia universală.

Precum Mircea Eliade, Konrad Lorenz și Jeremy Rifkin, fiecare în propriu-i domeniu de referință, privim organicismul dreptului ca pe un câmp de interpretare plurifactorial, logic, coerent, nu simplist (monovalent) sau, în ipostaza-i cea mai

¹ Gheorghe Scripcaru, Valerius M. Ciucă, Călin Scripcaru, *Psihanaliză și hermeneutică juridică. O pledoarie pentru iubirea necondiționată*, Ed. Axis, Iași, 2005, in integrum.

gravă, uniformist. Privim dreptul ca pe o filozofie socială aplicată și, ca atare, conectată la toate fenomenele reale, intelectuale și spirituale care impregnează „spiritul” epocii. Interdisciplinaritatea organică reprezintă însuși sufletul vibratil al dreptului. Ignorând acest fapt, profesând în continuare reducăionistul „drept pur”, vom continua doar să instrumentalizăm acest venerabil refugiu al înțelepciunii și să-l punem facil în mâna voluntariștilor iraționali, așa cum s-a întâmplat în secolul precedent, riscând astfel apariția altor sisteme totalitare. Organicismul este pulsatil, sugerează un drept vivace, adaptativ, este legat de pluralitatea surselor formale ale dreptului, apropiat de rațiunea și spiritul de echitate ale judecătorului. Neopozitivismul reducăionist, fie el scientist, poate sugera perfecțiunea în sens paradigmatic, dar este artificial și artificios, alienant, inuman, utopic, strâns legat de formalismul legalist, apropiat mai ales de ambiția de inginerie socială a legislatorului.

Volumul pe care vi-l propunem adună aplicațiile metodologice ale membrilor Cercului din ultimii patru ani și articolele colaboratorilor noștri, postate pe *site-ul* acestuia (www.hermeneutica-dreptului.uv.ro), în speranța reliefării (fie aceasta și parțială) eforturilor noastre de-a răscumpăra generozitatea *Almei Mater*, care a adăpostit cum se cuvine (în „scriptoriile” Bibliotecii Facultății de Drept) grupul de profesori și studenți pasionați de hermeneutica juridică. Textele sunt culese în ordinea cronologică a prezentării lor în reuniunile cercului nostru (în ceea ce privește aplicațiile metodologice) sau în aceea a transmiterii articolelor și studiilor de către colaboratorii noștri externi. Datorită importanței defazării dintre momentul realizării acestei colecții studențești livești și acela al creației propriu-zise, așa cum a fost aceasta, de fiecare dată, înregistrată pe *site-ul* cercului nostru, unele texte au văzut deja lumina tiparului în cadrul altor lucrări, individuale sau colective, sau, din altă perspectivă, în acest răstimp, au fost sancționate norme juridice de natură a proiecta altă viziune asupra subiectelor tratate de noi. Aceste conjuncturi nu știrbesc valoarea întreprinderilor noastre hermeneutice, chiar dacă relativizează o parte din oportunitatea expunerii lor.

Deoarece factorul de polarizare a colectivului nostru îl reprezintă însăși „calea” (*methodos*) și spiritul aparent neoscolastic și cu propensiune reală neo-organicistă, vom relua, în cele ce urmează, elementele definitorii ale pașilor metodologici, așa cum au fost ele prezentate într-un volum și într-un articol recente. Iată textul pe care, după inserarea în mai multe publicații de specialitate, îl reproducem și în cele ce urmează, în forma-i originală, structuralistă, precum în metodele noastre sinoptice, ale schemelor logice seminareale, și cu notele subsolice explicative aferente, tocmai pentru a explica de la bun început sensul fiecărui pas metodologic din structura noastră de inspirație neoscolastică:

„Reconsiderând structura metodologică a postglosatorilor, redată de Ph. Malaurie¹,

¹ Philippe Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Traducere din franceză de Doina Jela-Despois, Ed. Humanitas, București, 1996, p. 65.

pe care am exploatat-o în cadrul Școlii Exegetice după Metoda Postglosatorilor¹, am imaginat o nouă structură în **șapte pași metodologici**, după cum urmează:

I – *primum dividam* (în primul rând, voi **analiza textul juridic**; fac analiza textului juridic prin:

I.1 – **lectura**, prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat, ca fundament hermeneutic *sine qua non*); „a citi dreptul”, în sensul parcurgerii (prin limbă) traseului „text-cogniție”² este precondiția comprehensiunii organice;

I.2 – **summa**, **rezumatul textului**, ca abreviere ideatică de lucru sau mesaj esențial, **prin care doar intuim finalitatea textului, obținem doar o imagine-reper în opera de comprehensiune juridică ce ne va ghida**, precum *daimonul* lui Socrate, invocat de intuțiștii Henri Bergson³, prin labirintul explicațiilor);

II – *secundum ponam casum* (în al doilea rând, voi începe hermeneutica propriu-zisă prin **cazuistica reală sau eidetică, imaginară**, identific legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică; operă de diagnoză juridică sau de stabilire fundamentală a raportului juridic);

III – *tertium historia regulae explorabo* (în al treilea rând, voi cerceta prima axă a **investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulei de drept**); aici, poate fi cuprinsă, în primul rând, ca element de raportare diacronică, interpretarea comună, aceea făcută după uzanțele sau consuetudinea populară din momentul legiferării, conform adagiului roman *Optima enim est legum interpretis consuetudo* („Cutuma este o excelentă interpretă a legilor”)⁴; de altfel, cutuma este și o excelentă interpretă a dreptului internațional public (un sistem cutumiar prin excelență), dar chiar și a convențiilor dintre particulari, sens în care art. 980 Cod civil român (după modelul art. 1135 Cod civil napoleonian) este neechivoc în privința interpretării contractelor supletive de voință și a condițiilor executării respectivelor contracte; iată:

- conf. art. 980 Cod civil român, „Dispozițiile îndoioase se interpretează după obiceiul locului unde s-a încheiat contractul”;
- conf. art. 1135 Cod civil napoleonian, *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*;

IV – *quartum comparabo* (în al patrulea rând, **pe axa orizontală a operei de comparare**,

¹ Valerius M. Ciucă (coord.), *Eseuri de hermeneutică juridică*, Ed. Polirom, Iași, 2002, pp. 17 sq.

² Danièle Bourcier, Pierre Mackay, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Traducere de Ingrid Ilinca, LGDJ, Paris, 1992, *in integrum*.

³ Henri Bergson, *Gândirea și mișcarea. Eseuri și conferințe*, Traducere de Ingrid Ilinca, Ed. Polirom, Iași, 1995, p. 119.

⁴ Justinian, *Digestorum seu Pandectarum, Liber primus, Titulus tertius, De legibus, senatusconsultis, et longa consuetudine*, 37, *De lege per consuetudinem interpretanda*. Textul integral al articolului din Pandecte este următorul: *Si de interpretatione legis quaeratur: in primis inspiciendum est, quo jure civitatis retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo* („Atunci când se dorește interpretarea unei legi, este bine a examina mai întâi care a fost, asupra acelei materii, uzajul poporului în vremurile anterioare, deoarece cutuma este o excelentă interpretă a legilor”).

voi cuprinde, în cadrul analizei prospectiv-exploratorii, referințe la textul matricial din *Institutionum seu elementorum* (Justinian) și Codul civil napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum, e.g., *common law*, dreptul islamic etc., cu ferma credință că, inspirându-mă din flacăra științei altuia, o întrețin pe a mea proprie, iar cultura juridică are darul de-a conferi vigoare înțelegerii propriului spirit și propriei zestre de idealuri); în acest mod, urmând perspectivei descrise de Marc Ancel, se completează cadrul „binar” (cf. Van Tieghem) al cercetării comparative (pe abscisa sincronică și pe ordonata diacronică, în mod necesar complementare, după M. Mattheuci)¹;

V – *quintum colligam* [în al cincilea rând, voi face o posibilă exegeză a textului prin:

V1 – *analiza gramaticală – littera*; în această subdiviziune a celei de-a cincea trepte metodologice, pentru a evita proximitățile numeroase cu structurile de analiză gramaticală proprii domeniului filologic, de altfel naturale², vom putea structura discursul argumentativ pe o tradițională *grilă de „adagii-reguli”*³, de această dată, eminentemente juridice, după cum urmează:

V.1.a – *vulgari usu loquendi*: noțiunile și locuțiunile sunt interpretate conform cu sensurile comune, uzuale, din analizele morfo-sintactice curente;

V.1.b – *ab etymologia*: se va căuta accepțiunea originară a noțiunilor cu care se operează;

V.1.c – *a rationis legis stricta*: se vor cerceta semnificațiile particulare ale conceptelor, așa cum sunt ele definite, *expressis verbis*, prin normele legislatorului;

V.1.d – *ab rationis legis*: se vor identifica sensurile deductibile din spiritul legii, din rațiunea acesteia de a produce efecte juridice;

V.1.e – *pro subjecta materiae*: expresiile juridice pot fi, finalmente, interpretate chiar în flagrantă contradicție cu valoarea semantică vulgară, comună, dacă rațiunea materiei reglementate prin text o cere, ceea ce semnifică o preferință firească, finală și utilitaristă pentru teleologic, pentru sensul devenirii, pentru substituirea imaginară a legislatorului actualizat ca formă de „conștiință indirectă” (cum ar spune Gilbert Durand⁴);

¹ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, p. 88.

² Dragoș Iliescu, „Unele considerații privind metodele și rezultatele interpretării”, în *Studii și cercetări juridice*, nr. 4/1985, p. 295.

³ Gheorghe Mihai, *Elemente constructive de argumentare juridică*, Ed. Academiei, București, 1982, pp. 122-123.

⁴ Gilbert Durand, *Aventurile imaginii*, apud Petru Bejan, *Istoria semnului în patristică și scolastică*, Editura Fundației „Axis”, Iași, 1999, p. 85: „O mare confuzie a domnit întotdeauna în folosirea termenilor legați de imaginar. Ar trebui poate să presupunem deja că această stare de fapt provine din extrema devalorizare pe care a suferit-o imaginația, *phantasia*, în gândirea Occidentului și a Antichității clasice... Conștiința dispune de două moduri de a-și reprezenta lumea. Unul direct, în care lucrul însuși pare prezent în minte, ca în percepție sau în simpla senzație. Celălalt indirect, atunci când, dintr-un motiv sau altul, lucrul nu poate să se prezinte «în carne și oase» sensibilității, ca de exemplu în amintirea copilăriei... sau în reprezentarea lumii de dincolo de moarte. În toate

V.2 – contextualizare – *sententia* – ce presupune, în cadrul analizei excursiv-expectative, cercetări pluridisciplinare (într-o manieră deja anunțată)¹, de drept roman, sociologie, antropologie, psihologie juridică (ce observă relieful fracturat al marii tragedii a justiției născută din amestecul continuu al sentimentelor și rațiunii, precum în mintea și acțiunea unor „Oreste și Electra” spontani și meditativi totodată) și, nu în ultimul rând, filosofia normei cuprinse în text etc.; în măsura posibilului, sunt încurajate cercetările „articulate” sau interdisciplinare și, mai mult, cele „integrate” sau transdisciplinare, care pun cel mai bine în valoare organicismul metodei noastre;² este esențială, aici, tratarea jusnaturalistă a instituției juridice prezente în textul analizat, ceea ce presupune, în termeni moderni, *interpretarea filosofică a normei după tradiție aristotelică* (Aristotel fiind primul care a demonstrat „caracterul natural al guvernământului”³); firește, nu poate fi ignorată tradiția filosofică jusnaturalistă romană, ciceroniană⁴ sau pauliană (*Quod semper æquum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale*)⁵ și, mai cu seamă, validele definiții ulpiene din *Pandectele*⁶ sau din *Institutele* justiniene⁷; la acestea putem adăuga concepția lui Unger: „Este doar legătura dintre sensul juridic și rațiunea juridică ce poate da juste

aceste cazuri de conștiință indirectă, obiectul absent este re-prezentat de către o imagine, în sensul foarte larg al acestui termen”.

¹ Valerius M. Ciucă, „For a Hermeneutics of Roman, Comparative and Civil Law”, în *Lo Straniero* (Journal of IMISE – International Movement for Interdisciplinary Study of Estrangement), Napoli, 2003, pp. 15 sq.

² François Ost et Michel van de Kerchove, „De la scène au balcon. D’où vient la science du droit”, în F. Chayel et J. Comaille (coord.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, p. 77. Pentru aprofundare, aceiași autori, „Towards an Interdisciplinary Theory of Law”, în A. Peczenik et alii (editori), *Theory of Legal Science*, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1984, pp. 497-508.

³ Molnár Péter, „Începuturile dificile ale receptării principiilor politice aristotelice în Evul Mediu occidental: caracterul natural al guvernământului”, în Vasile Muscă, Alexander Baumgarten (coord.), *Filosofia politică a lui Aristotel*, Traducere din limba română a textelor din Aristotel și Sfântul Toma din Aquino: Alexander Baumgarten și Cristina Andrieș, Ed. Polirom, Iași, 2002, pp. 276 sq.

⁴ Marcus Tullius Cicero, *De republica*, Liber tertius, XVII, în care tratează despre „adevărata lege, aceea a dreptei judecăți, lege conformă cu natura, universală, imuabilă, eternă – aceeași în Atena ca și în Roma, aceeași la toate națiunile și în toate timpurile”, Traducere Villemain, apud Pradier-Fodéré, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, 1869, p. 25, cf. C.C. Coroi, *Evoluția dreptului privat. Introducere în studiul dreptului civil*, Institutul de Arte Grafice N.V. Ștefănoiu & Co., Iași, 1912, p. 43.

⁵ C.C. Coroi, op. cit., p. 43.

⁶ Domitius Ulpianus, *Institutionum, Liber primus*, în *Digestorum seu pandectarum, Pars prima, Liber primus, Titulus primus, De iustitia et iure*, §3, *De iure naturali*: „Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur; avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc procreatio, hinc educatio: videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censi”, apud Behmer, *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l’empereur Justinien*, Paris, an XII (1803), p. 42.

⁷ Justinian, *Institutionum seu Elementorum, Liber primus, Titulus secundus, De iure naturali, gentium et civili*: Jus naturale est quod natura omnia docuit... (*De iure naturali*), apud Behmer, Lamort, editeurs, Mety, 1806, p. 12.

sentințe sprijinite pe juste motive. Sentimentul a ceea ce este de drept exercitat de logică, sensul juridic ascuțit de știință, un instinct juridic raționalizat, iată ce un om are nevoie. Capul și inima lui îi sunt în mod egal necesare”;¹ capul și inima, sau „coordonatele interpretării pe un temei cognafectiv”, cum ar spune un gânditor român;²

V.3 – identificarea sensului teologico-filosofic și al acelora social și politic (hermeneutica juridică organică trebuie să însoțească permanent buna percepție a realului, nu doar univocitatea textului); sensul teologic este sensul primar, reprezentând, de regulă, *pattern*-ul normei și, indirect, al textului; ilustrarea evidentă a acestei concepții se regăsește în chiar *christica* expresie de pură hermeneutică „Eu sunt calea, adevărul și viața”; sensul relativist, filosofic, este secundar și critic; aceste sensuri se deduc din integrala exploatare a criteriului exegetic³, astfel încât, tentantele interferențe ale culturii subiectiviste (sau, de cele mai multe ori, ideologice) a hermeneutului-jurist cu semnificațiile textului interpretat să fie minime;

V.4 – identificarea sensului obscur – *sensus* -, adică a celui de-al patrulea sens (pentru a completa „Roza vânturilor” hermeneutice, a punctelor „cardinale” interpretative, a „cardanului” comprehensiunii), unul metafizic sau inițiat, susținător al sensurilor aparente, presupus a fi implicat de către Dante Alighieri în metoda sa interpretativă („... si possono intendere e de onsi massimamente per quattro sensi”)⁴; interpretarea neautentică a unui text presupune și sondarea

¹ Frederic Zoll, „Méthode d'interprétation en droit privé positif”, în *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény*, Tome II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Librairie de recueil Sirey, Paris, 1970.

² Gheorghe C. Mihai, *Fundamentele dreptului. Argumentare și interpretare în drept*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 344.

³ Ibidem, pp. 180 sq.

⁴ Dante Alighieri, *Il convivio*. *Tratato secundo*, Carlo Signorelli, Milano, 1930, Cap. I, p. 3, apud Vasile Lovinescu, *Interpretarea ezoterică a unor basme și balade populare românești*, Ed. Cartea Românească, București, 1933, p. 12. Autorul precizează, în context, următoarele: „Poetul florentin declară că toate scrierile – nu numai scrierile sacre – se pot înțelege și trebuie să se explice principal după patru sensuri” (p. 12). În completarea explicațiilor dantești, V. Lovinescu invocă și un text explicativ al lui R. Guenon, pe care îl reproducem în cele ce urmează pentru frumusețea și elocvența sa: „Este evident, de altminteri, că aceste sensuri diverse nu pot în orice caz să se distrugă și să se opună între ele, din contră trebuie să se completeze și să se armonizeze (ideea școlii dreptului organic, n.n.) ca părțile unui întreg tot, ca elemente constitutive ale unei sinteze unice (tot idee organicistă, n.n.). [...] Avem deci în această privință mărturia autorului, mai calificat desigur decât oricare altul ca să ne informeze asupra propriilor lui intenții. Greutatea începe numai când trebuie să determinăm aceste diferite semnificații, mai ales pe acelea mai înalte sau cele mai profunde și aici încep divergențele de vederi între comentatori. Aceștia sunt, în general, de acord să recunoască sub sensul literal, un sens filosofic, sau mai degrabă un sens filosofico-teologic și de asemenea un sens politic și social; dar cu sensul literar nu fac decât trei și Dante ne previne să căutăm patru; care este deci al patrulea? Pentru noi nu poate fi decât un sens inițiat, metafizic în esența sa și căruia i se atașează un caracter la fel de ezoteric. Tocmai din cauza acestui caracter, sensul profund a scăpat celei mai mari părți dintre comentatori; și totuși, dacă este ignorat sau necunoscut, celelalte sensuri nu pot fi prinse decât parțial, pentru că el este principiul în care se coordonează și se unifică multiplicitatea lor” (pp. 12-13).

„insondabilului”, a „mobilului ultim, îndepărtat” al creației normative (ca efect al credinței jusnaturaliste sau transcendentaliste atât de sugestiv ilustrată printr-o deviză comparatistă franceză, prin expresia *Lex multiplex, jus unum*)¹, sondare pe care chiar pozitivistii înflăcărați, precum, e.g., Kelsen², o acceptă (desigur, doar în marginea epistemologiilor proprii oamenilor de știință, motiv pentru care o consideră, cumva ironic, ca fiind o interpretare „privată”)³;

VI – *sextum opponam et quaestio* (în al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi lămuri contradicțiile după metoda dialectică); procedez astfel datorită faptului că justiția și dreptul sunt, în sensul aristotelic pe care ni-l asumăm, categorii relative, dependente de alte categorii și, mai mult, există specificități interpretative pentru fiecare ramură juridică pe care noi, cu această metodologie universalistă, organică, nu trebuie să le ignorăm; cu alte cuvinte, nu sunt entități calitative sau calități în sine, după aceeași aristotelică definiție („Se numesc relative toate câte, ele însele ca atare, se spune a ține de altele sau se raportează oricum față de un altul...”)⁴; aplicația noastră dialectică se realizează prin uzitata și cunoscuta triadă (ce nu trebuie fetișizată, dacă avem în vedere că realitatea judiciară nu este, invariabil, de tip binar, precum în cadrul logicii aristotelice, cu a sa regulă fundamentală *tertium non datur*, ci, dimpotrivă, este deseori de tip fractal, bazată pe *exceptio* sau, mai mult, pe *exceptio exceptionis causa*):

VI.1 – teză – *pro auctoritas*;

VI.2 – antiteză – *contra auctoritas*;

VI.3 – sinteză – *dicta*;

VII – *septimum queram, brocardum et de lege ferenda* [în al șaptelea rând, voi cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor durabile (*sempiterna* sau imuabile, ca trăsătură definitorie a dreptului natural, așa cu a fost surprinsă de Hugo Grotius, întemeietorul formal al școlii dreptului natural)⁵ și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală și la o virtualitate eidetică dezirabilă]⁶.

¹ Marc Ancel, op.cit., p. 119.

² Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Traducere din germană de Ioana Constantin, Ed. Humanitas, București, 2000, pp. 411-413.

³ Patrick Wachsmann, „La volonté de l’interprète”, în *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, Vol. 28, Paris, 1999, p. 31.

⁴ Aristotel, *Categorii*, Traducere și interpretare de Constantin Noica, Ed. Humanitas, București, 1994, p. 24.

⁵ Hugo Grotius, I, 1, § 10.5, apud V. Hanga, *Hugo Grotius. Despre dreptul războiului și al păcii*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 31, cf. Gheorghe Lupu, Gheorghe Avornic, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina, Chișinău, p. 244.

⁶ Întregul text citat, conținând structura metodologică a Școlii dreptului organic, a fost prezentat în următoarele: Valerius M. Ciucă, *Lecții introductive de hermeneutică juridică – Syllabus* -, Editura Fundației AXIS, Iași, 2005, pp. 176-182; Gheorghe Scripcaru, Valerius M. Ciucă, Călin Scripcaru, *Psihanaliză și hermeneutică juridică*, Ed. Axis, Iași, 2005, pp. 53-60; „Școala dreptului organic sau

Ceea ce nu răzbate din cuvintele reproduse mai sus, prefațatoare ale acestei opere colective, este de fapt factorul cel mai important: bucuria neoneroasă de-a ne afla, tineri profesori și studenți, după canonul unui ritual mensual, în jurul modelului interpretativ și al figurii interpretului, așa cum au fost acestea „dăltuite”, cu toată onestitatea intelectuală, în „marmura” ideilor socio-juridice, de către Francis Bacon, în complementul la *Novum Organonum*, *De interpretatione naturae sententiae XII*.

Valerius M. Ciucă

*

* *

PARTEA I

APLICAȚII METODOLOGICE

In quo iudicio iudicaveritis, iudicabimini¹

¹ „Cu judecata cu care judecați, cu acea judecată veți fi și voi judecați” (Matei, 27, 2), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 125.

CONTROVERSATA LIBERTAS EST NATURALIS FACULTAS A LUI FLORENTINUS ÎN HERMENEUTICA ȘCOLII DREPTULUI ORGANIC¹

Valerius M. Ciucă²

Motto: *Age, libertate Decembri utere!*³

PRIMUM DIVIDAM

Vom porni, în considerațiunile noastre, de la analiza textului juridic definitoriu pentru libertate, așa cum a fost el conceput de jurisprudentul Florentinus. Este un text care a declanșat numeroase controverse în literatura romanistă și continuă să incite spiritele datorită aparentului curaj civic exprimat prin frusta teză filosofică pe care o conține (*libertas est naturalis facultas*). Mulți gânditori nu o asimilează definiției juridice a libertății decât ca rod al interpolațiunilor compilatorilor justinieni.⁴

Lectura

Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod

¹ Această lucrare a fost prezentată în cadrul Societății Române de Studii Clasice, Filiala Iași, în anul 2005, postată pe site-ul Cercului de hermeneutică juridică "Școala dreptului organic" al Facultății de Drept a Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași (<http://www.hermeneutica-dreptului.uv.ro>) și inclusă, în *addendum*, ca aplicație hermeneutică, în volumul *Lecții introductive de hermeneutică juridică – Syllabus* -, autor, Valerius M. Ciucă, Ed. Axis, Iași, 2005, pp. 201-227.

² Opiniile exprimate în acest text nu angajează decât pe autor, cu titlu personal.

³ „Hai, bucură-te de libertatea lui decembrie!” (Quintus Flaccus Horatius, *Satyre, Liber secundus, Titulus septimus*, 5); în timpul Saturnaliilor, sărbători închinat zeului Saturn, în luna decembrie, timp de trei zile stăpânii și sclavii își schimbau rolurile în mod ritualic; cf. Eugen Munteanu, Lucia-Gabriela Munteanu, *Aeterna Latinitas. Mică enciclopedie a gândirii europene în expresie latină*, Editura Polirom, Iași, 1996, p. 19.

⁴ A se vedea, în acest sens, Mihai Vasile Jakotă, *Dreptul roman*, Vol. I, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 155.

*cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*¹

"Libertatea, care dă nume de liber acelor care se bucură de ea, este o facultate naturală conform căreia cineva poate făptui ceea ce dorește, în limitele impuse de violență sau de lege".

*Servitus est constitutio juris gentium qua vis alieno domino subicitur contra naturam.*²

"Sclavia este o instituție de dreptul ginților conform căreia cineva este supus, **contra naturii**, unei puteri străine".

Summa (rezumatul textului)

Libertas est naturalis facultas.

Libertatea este o facultate naturală.

Servitus est contra naturam.

Sclavia este contra naturii.

SECUNDUM PONAM CASUM

Vom începe, în cele ce urmează, tratarea hermeneutică propriu-zisă printr-o cazuistică eidetică. Să presupunem, așadar, că Primus, născut în Dacia, a fost transformat în sclav public în urma unui conflict militar în care a căzut prizonier. Ulterior, a fost înstrăinat printr-o vânzare publică, Secundus, cetățean roman, în calitate de cumpărător, devenind proprietarul acestuia. Secundus însă, devenind prodig, îi permite sclavului să călătorească liber în provinciile imperiului roman și timp de douăzeci de ani manifestă dezinteres față de soarta sclavului cumpărat. Primus, în acest timp, revenit în Dacia, își reia ocupațiile avute anterior căderii în prizonierat și este reputat a exercita ca om liber statutul de provincial, trăind o libertate factice (*de facto*). *De jure*, firește, a continuat în cele două decenii să fie un *servus*. Iată, prevala logica libertății prin *usucapio libertatis*, ce era operantă.

Ne întrebăm, finalmente, ce statut juridic va învinge după normele "sclavagiste" romane? Cel de sclav, formal, sau acela de om liber, substanțial? Cel rezultând din dreptul imprescriptibil de proprietate al stăpânului roman, sau acela din *quasi-usucapiunea* libertății, de 20 de ani, dat fiind jurisdicțiile provinciale diferite sub care s-au aflat *dominus* și *servus* în cei 20 de ani? Ce

¹ Florentinus, în *Institutiones, Liber primus, Titulus tertius, De jure personarum, §1, Definitio libertatis*.

² Ibidem.

filosofie este dominantă în această plină Epocă Clasică romană din secolul al II-lea d.Cr. (în care a trăit Florentinus), filosofia aservirii necondiționate, ori, *bien au contraire*, aceea libertariană, a umanismului natural tradusă prin egalitatea oamenilor în fața Creatorului?

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În această a treia treaptă hermeneutică, voi încerca să surprind câteva momente ale axei verticale a comparațiilor noastre analitice, aceea istorică, pentru a observa eventuale e(in)voluții ale regulei de drept exprimate de definiția florentină.

Începuturile istorice ale Romei sunt independente de perniciosul fenomen al sclaviei¹. De fapt, **sclavia nu este o instituție juridică de sorginte romană**. Fiind una gentilică, aparține, cu puține excepții, Antichității.² Orașul întemeiat de legendarul Romulus era un simplu castru militar. În această așezare militară de secol VIII î.Cr., precum în localitățile din întregul bazin mediteranean, consuetudinea cerea uciderea prizonierului de război, nu capturarea sa. Era o normă comună, de *jus gentium*, acceptată și de *jus pontificium* sau de *leges regis*. *Captivitas* nu fusese asimilată în *mos majorum* roman iar libertatea, ca excludere a proprietății, stăpânirii (*dominium*)³ asupra unui om era un dat natural al existenței sociale.

Mai profitabile pentru comunitatea romană patriarhală, aservirile și comerțul cu sclavi (din rândul, mai cu seamă, al celor capturați în numeroasele conflicte militare) vor fi cunoscute abia în perioadele marcant agrare și, mai ales, negustorești ale secolelor VII și VI î.Cr. în cuprinsul Epocii Străvechi când erau transformați în sclavi și străinii veniți la Roma⁴ până ca acest principiu să fie atenuat prin protecția asigurată de cetățenii romani prin intermediul instituțiilor denumite *hospitium* și *clientella*⁵.

O parte însemnată din ființă era pierdută o dată cu pierderea libertății. Urma reificarea individului, transformarea lui în marfă. Sclavul devenea *res* printre *rei*, dar nu în sens absolut; mai degrabă, putem vorbi de trecerea într-un statut uman

¹ În sens contrar, a se vedea Teodor Sâmbrian, *Drept roman. Principii, instituții și texte celebre*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 56, respectiv, *Drept roman*, Editura Helios, Craiova, 2001, p. 61.

² În acest sens, a se vedea C. Stoicescu, *Curs elementar de drept roman*, București, 1931, p. 69, apud Dan Oancea, *Drept roman*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1998, p. 107.

³ A se vedea, în acest sens, Edouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Librairie Plon et Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1928, p. 78.

⁴ Marcus Tullius Cicero, *Pro Cecina*, Liber XXXIII, Titulus XCVI.

⁵ *Digestorum seu Pandectarum*, Liber XLIX, Titulus XV, 5.2., apud Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1976, p. 367, cf. Emil Molcuț, Dan Oancea, *Drept roman*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1993, p. 87.

inferior, lipsit de protecția socială a indivizilor liberi (un sclav printre animalele domestice și celelalte bunuri ale stăpânului, dar mai important decât toate acestea).¹

Mai târziu, cetățenia romană era de neconceput în lipsa libertății. Pierderea libertății de către cetățeanul roman însemna moartea civilă a acestuia, o impuritate insuportabilă de către cetate, de parcă ar fi devenit altă ființă, stranie pentru cetate. Părea că romanul neliber se metamorfozează, transformându-se într-o ființă protejată doar de universalul *jus naturale*, sau de internaționalul *jus gentium*, nu de dreptul cetății, *jus Quiritium* sau *jus civile*. *Status civitatis* a început să apară, în ideologia sclavagistă² proprie începutului Principatului, după numeroasele războaie ale Romei care-au determinat o afluență neobișnuită de străini aserviți, ca un veritabil pandant al sclaviei. Asimilarea condiției de sclav celei de străin devenise practic un silogism, pe când cetățenia apărea ca probă supremă a libertății.

Pierderea libertății se profilează încă din zorii Romei secolului al VIII-lea î.Cr. ca o punițiune comparabilă cu moartea. Prin aceasta, indirect, era sublimată valoarea libertății. Lipsesc mărturiile gândirii romane în acest sens, în perioada de referință, dar apărarea lui *status civitatis* cu palisadele libertății, ca precondiție esențială, nu poate decât asta să însemneze: sub amprenta influențelor Antichității grecești, credința în libertate ca dat ontologic era vădită și la Roma.

În fapt, deseori moartea fizică era preferabilă celei civile. Expierea păcatului pierderii libertății era mai facilă prin ardere voluntară pe rug, decât prin abandonarea unei jumătăți a propriei ființe (abandonarea sufletului liber), chiar dacă libertatea la antici era apreciată doar în dimensiunea ei socială, nu individuală, ei considerând perfect compatibilă această libertate colectivă cu „subordonarea completă a individului față de autoritatea ansamblului social”³; o autoritate pe care, sub forma „Stat și Legi”, scrise cu litere capitale, Socrate le personalizează în dialogul său cu Criton ce-l instigă să evadeze pentru a scăpa de executarea unei pedepse capitale nedrepte; viziunea socratică, profund paternalistă, transformă statul în stăpân, în *pater* infailibil și oamenii liberi în sclavi, obedienți necondiționați ai acestuia.⁴ Chiar și așa, sublim ne vorbește Euripide despre această preferință pentru

¹ A se vedea, în acest sens, Philippe Ariès și Georges Duby, coordonatori, *Istoria vieții private de la Imperiul roman la anul o mie*, Vol. I, Traducere de Ion Herdan, Editura Meridiane, București, 1994, pp. 59 sqq.

² A se vedea, în acest sens, Yvon Thébert, „Sclavul”, în Andreea Giardina, *Omul roman*, Traducere de Dragoș Cojocaru, Ed. Polirom, Iași, 2001, p. 153.

³ În acest sens, a se vedea Benjamin Constant, *Despre libertate la antici și la moderni*, Traducere de Corina Dimitriu, Studiu introductiv de Anton Carpinski, Institutul European, Iași, 1996, p. 5.

⁴ Platon, *Criton*, în *Dialoguri*, Traducere de Ștefan Bezdechi, Ediție îngrijită de Vasile Pârvan, Ed. Cultura Națională, București, 1922 și Ediția îngrijită de N. Râmbu, Ed. Agora, Iași, 1993, p. 25: „Închipuie-ți în clipa când am fi gata să evadăm de aici ... ar veni Legile și Statul și oprindu-se în fața noastră, ne-ar pune întrebarea asta:«- Bine. Dar după ce te-ai născut, și-ai căpătat creștere și educație, poți să pretinzi că nu erai al nostru, vlăstar din noi, sclavul nostru și tu și părinții tăi, cu străbunii lor? Și dacă e așa, crezi tu oare că ai aceleași drepturi față de noi ca și noi față de tine și că

moartea fizică printr-un *autodafe avant la lettre* în Troienele:

"Ah, de arde-năuntru a faclei

Văpaie? Pun foc sau ce fac

Troienele pe cale de-a fi duse

Din țara lui Argos? Vrând să moară

Și-aruncă-n flăcări trupul? Da, cu greu

Un suflet liber, în împrejurări

De acest fel¹, poate să-ndure răul."²

În vederea eludării consecințelor captivității, Cornelius Sulla a creat, prin *Lex Cornelia de captiviis*, din anul 80 î.Cr., o ficțiune juridică (*fictio legis Corneliae*), în baza căreia cetățeanul roman întors din captivitate era considerat liber și ingenuu, de parcă n-ar fi fost niciodată sclav, cu dubla condiție: a necapitulării în război (romanii disprețuind lașitatea) și lipsei intenției de reîntoarcere la inamic (romanii neagreînd dubla cetățenie)³. Acest drept de reîntoarcere din captivitate (*jus postliminium*), fie la Roma, fie într-o cetate confederată sau într-un stat aliat Romei, dădea substanță ficțiunii după care exercițiul drepturilor, fie ele personale, fie reale, n-ar fi fost întrerupt de nefasta pierdere a libertății în timpul prizonieratului. Spiritul realist al dreptului roman a făcut să fie recunoscute, totuși, două importante limite pentru aplicarea acestei *fictio legis Corneliae*. Este vorba de *matrimonio* și *possessio*. Intervenind

ai dreptul să ne faci și tu nouă, orice ți-am făcut noi ție? Va să zică, față de tatăl tău și de stăpânul tău - dacă-l aveai - n-aveai drepturi ca de la egal la egal; și nu puteai să-i faci ceea ce-ți făcea el, nici să-i răspunzi când te ocăra, nici să-l bați când te lovea și așa mai departe; și față de țara ta și de legile tale, să-ți fie îngăduite toate acestea? Astfel, când noi vrem să te dăm pieirii fiindcă așa socotim că-i drept, pretinzi să-ți fie și ție cu puțință, pe noi, legile și țara ta? Și când faci astfel de faptă, să mai și poți spune că e drept ceea ce faci tu, în calitatea ta de om ce năzuiește totdeauna la virtute? Oare până într-atât te-a răătăcit înțelepciunea ta, încât te-a făcut să uiți că mai presus decât tatăl tău și mama ta și străbunii tăi e patria, și că ea e mai venerabilă și mai sfântă și mai de preț, și în fața zeilor și în fața oamenilor cuminiți? (Nu știi) că trebuie să o cinstești, să cauți a-i intra în voie când e supărată și a-i face pe plac mai mult decât tatălui tău, și că ești dator s-o ascuți, să faci tot ce ți-o porunci, și să rabzi fără murmur orice ți-ar ordona? Ai uitat că, chiar dacă te-ar osândi să fii lovit ori pus în lanțuri, sau te-ar trimite la război să te expui la răni și la moarte, trebuie să te supui la toate, căci așa e drept, și nu trebuie nici să te dai la o parte, nici să te dosești, și nici să dezertezi, ci și în război, și la tribunal, și peste tot, să faci ce ți-o porunci Statul și patria, sau s-o faci să-și schimbe părerea, prin mijloace pe care ți le dă legea? Căci dacă violența față de tatăl și maica ta e o crimă, nu e oare această crimă nespus mai mare când e îndreptată împotriva patriei?» Ce vom răspunde la aceste vorbe, Criton, vom da dreptate Legilor, sau nu?"

¹ Poetul se referă la căderea Troiei în mâinile grecilor și, în mod explicit, la aservirea femeilor de seamă (Hecuba, Casandra, Andromaca etc.), din Troia diferitelor căpetenii ale armatelor cetăților grecești învingătoare.

² Euripide, Troienele (415 î.Cr.), Thalthybiu în dialog cu Hecuba.

³ Pomponius, *Digestorum seu Pandectarum, Liber XLIX, Titulus XV, 51*, apud Vl. Hanga, *Drept privat roman*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 167.

moartea civilă odată cu căderea în prizonierat, captivul roman pierdea *matrimonium*-ul. Pe cale de consecință, soția sa putea să se recăsătorească și să aibă noi progenituri din căsătoria subsecventă. La întoarcerea soțului din captivitate, căsătoria subsecventă era preferată, chiar dacă *jus postliminium* dezavua consecințele pierderii temporare a libertății. Această rațiune juridică este păstrată și în reglementările civile românești și europene moderne. De asemenea, posesorul de bună credință ce-a uzucapat bunurile captivului era preferat acestuia din urmă, ca efect al valorii deosebite pe care romanii o acordau exercițiului factice al dreptului, exercițiu conjugat cu *bona fides*.

Al doilea izvor al sclaviei, în ordine cronologică, dar aflat pe primul loc în registru sociologic, a fost nașterea din părinți sclavi. În *Institutes*¹ sale, Justinian reproduce regula din Epoca Clasică, aceea conform căreia copiii născuți de o sclavă moștenesc această stare independent de eventuala condiție de om liber a tatălui natural. Prin această regulă erau apărute două valori sociale: pe de o parte, era asigurat cel mai important izvor, sub aspect sociologic, al slavagismului care devenise, încă din zorii Epocii Clasice, un fenomen citadin curent; pe de altă parte, era protejată, indirect, instituția căsătoriei, în cadrul căreia, o condiție fundamentală, de fond precum *jus connubii* era incompatibilă cu statutul de sclav. Această reglementare a cunoscut o excepție sub forma favorii de libertate (*favor libertatis*) doar în privința copilului conceput de o femeie care în perioada gestației a cunoscut chiar și pentru o scurtă durată statutul de om liber.

Al treilea cuprinzător izvor al sclaviei conține o întreagă serie de norme de *jus Quiritium* care acoperă o plajă diversificată de surse particulare. Astfel: conform *Lex duodecim tabularum*, *Tabula tertia*, §9, debitorul insolubil putea fi vândut ca sclav, *trans Tiberim* (pentru menținerea caracterului lustrat al orașului precum în cazul înmormântărilor sau incinerărilor - *Tabula X*), de către creditor, după epuizarea celor 60 de zile de reținere în *carcere privato* (în *ergastulum*-ul creditorului) și cu condiția de neprezentare a vreunui răscumpărător (*vindex*) al datoriei; autoînstrăinările, ca surse de servitute erau permise la Roma dacă cei ce se puneau la dispoziția cumpărătorilor împliniseră vârsta de 20 de ani (*quinque annis*); autoînstrăinarea fraduloasă cu complicitatea unei terțe persoane, prin *consilia fraudis* în vederea împărțirii prețului astfel obținut (*pretii participandi causa*)² și a intentării, ulterior, împotriva cumpărătorului de bună-credință înșelat, a unei *actio in vindicatio pro libertate*, caz în care aservirea față de cumpărător avea rolul de punițiune a autoînstrăinării dolosive; înstrăinarea, pentru motiv de pauperitate, de către *pater familias*, a lui *filius* (L.XII.t, T.IV,2), *uxor cum manu* sau a altei persoane aflată sub puterea lu

¹ Justinian, *Institutionum seu Elementorum*, Liber primus, Titulus tertius, Quibus modis serui constituuntur, §4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt* (sclavii sau se nasc sau devin); *nascuntur ex ancillis nostris* (se nasc sclavi când descind din sclavele noastre).

² A se vedea, în acest fel, Mihail Vasile Jakotă, Gheorghe Piticari, *Drept privat roman*, Univ. „Al.I.Cuza” Iași, 1987, p. 164.

pater era, așijderea, permisă; prin senatus-consultul Claudian, s-a statuat că amanta neconformistă a sclavului, somată de trei ori de către stăpânul acestuia din urmă să întrerupă relația cu el, devenea *ipso facto* sclava stăpânului amantului ei; această dispoziție a fost abrogată de Justinian; tot Justinian desființează aservirea față de stat (*servi publici*) a celor condamnați la pedepse infamante (acele pedepse însoțite de aplicarea unui *stigmatum*, precum *in metallum* și *ad bestias*); Justinian a păstrat, însă, *actio de revocatio in servitutem propter ingratitudinem* creată de împăratul Valerius Flavius Constantinus față de libertul care nu-și onora obligațiile rezultând din *jura patronatus* față de patronul său actual, fostul stăpân, obligații asumate prin *jus jurandum liberti* (contractul-jurământ al libertului sancționat de lege).

QUARTUM COMPARABO

Normele juridice romane care sancționau proprietatea cetățenilor romani asupra altor indivizi cărora le era abolită libertatea din perspectivă juridică, în sensul că aceștia din urmă erau dezavuați de drepturile politice și civile pe care Roma le recunoștea oamenilor liberi nu erau, în cele patru epoci de dezvoltare a dreptului roman, singulare. Norme juridice quasi-asemănătoare întâlnim și în alte civilizații ale Antichității.

Cetatea Atenei, cu doar 40000 de cetățeni din cei 500000 de locuitori în plin secol al lui Pericle, cunoștea sclavia ca stare socială inferioară încă din perioada străveche, a dominației eupatrizilor, înainte de adoptarea legilor lui Dracon și ale lui Solon. Muncile manuale, disprețuite de cetățenii atenieni, erau lăsate pe seama sclavilor, a sclavilor eliberați (liberți) și a metecilor (peregrini, străini lipsiți de drepturi politice și civile proprii cetățenilor). Sursele sclaviei erau diferențiate de la epocă la epocă. Finele secolului lui Pericle contabilizează în jur de 300.000 sclavi în întreaga Atică. Sursa majoră a a păturii servile era aceea a captivității în războaie (de nu va fi fost însoțită de vreo răscumpărare), urmată de comerțul înfloritor cu indivizi „reificați”, considerați a fi lucruri, unelte vorbitoare, „oameni-picioare” (*andrapodon*) cu tendința de-a fi asimilați patrupedelor (*tetrapoda*) sau veșnic copii (*pais*) ce pot primi întreaga viață corecții fizice, după spusele lui Aristofan,¹ aparținând diverselor etnii, altele decât cea elenă; grecii nu agreau aservirea compatrioților lor dintr-un sentiment de dispreț față de această instituție care nu putea fi acceptată decât pe seama "barbarilor". În rândul sclavilor eleni nu puteau să se afle decât cei condamnați pentru delikte grave, infamante, precum crimele ori cei găsiți vinovați de concusiune neurmată de acoperirea sumelor delapidate din pricina falimentului².

¹ Aristofan, *Viespile*, apud Giuseppe Campiano, „Pentru a deveni om”, în Jean-Pierre Vernant, *Omul grec*, Traducere de Doina Jela, Ed. Polirom, Iași, 2001, pp. 85-86.

² A se vedea, în acest sens, Will și Ariel Durant, *Civilizații istorisite. Viața în Grecia antică*, vol. II, Ediție îngrijită de Cristina Ștefănescu, Ed. Prietenii Cărții, București, 2002, p. 60.

Constituția adoptată sub arhontatul lui Pythodoros, în vigoare și în timpul vieții lui Aristotel menținea sclavii publici (muncile penibile, precum ecarisajul, fiindu-le lor rezervate) iar cei care nu intrau în rândul efebilor (tineri de 18 ani care erau înscriși la controlul decisiv, asemănător cu un examen de admitere, pentru dobândirea cetățeniei și pentru o pregătire specială de ordin fizic, militar, intelectual și religios), neputând dovedi în fața Adunării poporului sau, în apel, în fața Tribunalului poporului, că ambii părinți fuseseră cetățeni atenieni în momentul nașterii lor, erau înstrăinați de stat ca sclavi.¹

Chiar dacă a fost primul stat european dotat încă din secolul IX î.Cr. cu o constituție (faimoasa Constituție a lui Lykurgos) care-a consacrat pentru întâia oară instituția cetățeniei, Sparta a adoptat un sclavagism de masă transformând întregul popor hoplit în populație servilă. Această situație a durat până în anul 371 î.Cr. când Lacedemonia a fost înfrântă în războiul cu Teba. Tebanii au fost eliberatorii poporului hoplit care a început abia atunci să se organizeze liber în cetatea miceniană.

În Dacia, sclavia se instalează odată cu destrămarea orânduirii gentilice, dar fără a deveni un fenomen socio-juridic dominant nici măcar în perioada de maximă înflorire a economiei sclavagiste la Roma (sec. II d.Cr.). Mai multe surse istorice (Menandru, Terentius, Plaut, Strabo, Suidas) amintesc despre prezența destul de numeroasă a sclavilor geți la Atena, ceea ce demonstrează existența unui comerț cu sclavi provenind din rândul debitorilor insolvabili (unii autori² compară acest fenomen cu cel determinat de *Lex XII Tabularum, Liber tertius, §§ 1-4*, în sensul că *insolvens*, om liber roman, nu putea fi aservit decât în afara cetății). Și în Dacia, sursa originară cea mai importantă a sclaviei consta în prinderea prizonierilor în război. Puteau fi, însă, aserviți și copiii liberi înstrăinați pentru motive de pauperitate.

Egiptul antic ne oferă mărturiile celei mai vechi instituții sclavagiste. Chiar civilizațiile predinastice ale tasienilor, badarienilor și amratienilor din Nubia anterioară, în perimetrul mileniilor V-IV î.Cr. ajunseseră pe o treaptă de dezvoltare suficientă care să permită apariția și dezvoltarea sclaviei.³ Precum în Grecia, însă, Egiptul antic, nu doar în timpul primelor dinastii ci și mai târziu, nu cunoștea o expansiune a sclaviei în agricultură. Pe prizonierii de război, pe cei condamnați la pedepse infamante, pentru delikte capitale, ori pe cei recalcitanți "furioși" din pricina acuzelor neîntemeiate, îi întâlneam, ca servi, mai cu seamă în activitățile industriale grele (munci în minele metalifere, în unele manufacturi) sau în prestarea de servicii gratuite la dispoziția celor bogați (transporturi, servicii domestice etc.). La mijlocul secolului I î.Cr., Diodor din Sicilia încă le plângea condiția servilă în acești termeni:

¹ În acest sens, a se vedea Aristotel, *Statul atenian*, Traducere de Ștefan Bezdechi, Editura „Agora” S.R.L., Iași, 1992, pp. 63-64.

² Vl. Hanga, „Dreptul geto-dac” în I. Ceterchi (coordonator) et alii, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Academiei, București, 1980, p. 32.

³ A se vedea, în acest sens, Henri Decugis, *Les étapes du droit des origines à nos jours* (suite), Librairie du recueil Sirey, Paris, 1943, p. 32.

Regii Egiptului adună la un loc condamnații de drept comun, prizonierii de război și nenorociții care, întărâtați de acuzații neîntemeiate, s-au lăsat pradă furiei și au fost azvârliți, din această pricină în ocnă. Îi trimit, singuri sau cu familiile lor, să muncească în minele de aur, în parte cu scopul de a pedepsi... niște răufăcători condamnați pe bună dreptate, în parte pentru a-și însuși marile venituri rezultate din munca lor... Acești muncitori nu-și pot purta singuri de grijă, n-au nici măcar o pânză să-și acopere goliciunea, așa că nu-i om să nu le plângă de milă; bolnavii, răniții, bătrânii sau femeile nu trebuie să se aștepte la nici o cruțare sau îndurare; loviturile pe care le primesc îi silesc să rămână înlănțuiți, la muncă, până ce mor sleiți de puteri, în captivitate. Astfel, pentru acești nenorociți viitorul este și mai cumplit decât prezentul, iar ei își doresc să moară mai degrabă decât să trăiască așa!¹

În Mesopotamia, între domnia lui Hammurabi, vestitul codificator akkado-babilonian (Codul său sancționa draconic tăinuirea sclavului fugar), în prima parte a mileniului al II-lea î.Cr. și aceea a lui Nabonide, ultimul rege al Babilonului (învins de perșii lui Cyrus -eliberatorul evreilor aserviți de Nabucodonosor al II-lea-, în anul 539 î.Cr.), instituția sclaviei era nu doar cunoscută, ci și intens folosită chiar în profitul regatului, în mari lucrări de interes public; în acest sens, munca servilă și rezultatele ei pot fi și astăzi apreciate dacă avem în vedere că numeroase canale de irigații și *shadowf*-urile aferente (sisteme de ridicare a apei la nivelul canalului, bazate pe vase mari atașate la o cumpănă) dintre Tigru și Eufrat construite încă din timpul regelui Nabuchodonosor I (1129-1106 î.Cr.) sunt și azi exploatare. Munca servilă, prin excelență manuală și chiar domestică, fundament al multor civilizații antice, reprezenta prima forță economică a Babilonului în epoca în care Roma cunoștea apogeul regalității autohtone, de tip rustic, cu o slabă reprezentare a sclaviei. La căderea Babilonului, numărul sclavilor (proveniți, originar, din capturile de război, dar care s-au înmulțit după o rată demografică net superioară celei a oamenilor liberi) era mult mai ridicat decât al oamenilor liberi. Spun, unii autori: „La temelia societății babiloniene forfotea, ca un râu subteran (un Alpheus pornind din Arcadia, am zice noi...) ce crește neconținut, o uriașă masă de sclavi”.²

În Iudeea, reîntemeiată după anul 539 î.Chr., după încetarea exilului babilonian prin eliberarea iudeilor de către Cyrus, regele perșilor, sclavia era o parte componentă a organizării vieții patriarhale. Ca și la Roma, sclavul era un *famulus* alături de soția celui mai în vârstă pater, fiii necăsătoriți sau căsătoriți, cu progeniturile acestora din urmă, ca formă completă a unui microorganism socio-economic și politic fundamental pentru societatea iudaică. Soția lui pater administra munca sclavelor domestice iar șeful familiei o administra pe aceea a sclavilor ce proveneau din rândul celor capturați în conflictele armate, al debitorilor insolvăbili (sau al copiilor acestora din urmă, dacă i-ar fi abandonat noxal în locul lor, posibilitate abolită târziu, în anii pământeni ai lui Iisus Christos) și dintre condamnații la pedepse grave. Spre deosebire de dreptul roman, cel iudaic nu

¹ Diodor din Sicilia, *Istoriei*, apud Will și Ariel Durant, op.cit., vol. I, *Moștenirea noastră orientală*, p. 209.

² A se vedea, în acest sens, Will și Ariel Durant, op.cit., vol. I, p. 292.

prevedea *jus vitae necisque*. Apoi, Israelul recunoștea, în mod original, un *jubileum*, o sărbătoare o dată la cincizeci de ani, când erau eliberați toți sclavii, pe lângă cei doar de etnie evreiască eliberați, grație unei prescripții supletive, din șapte în șapte ani.¹

Palatul imperial și marile monumente din Persepolis, a căror construcție a început sub domniile lui Cyrus și Darius I, în sec. VI î.Cr. și a continuat vreme de peste două secole au fost realizate de sclavi. În toate cele 20 de satrapii ale Imperiului Persan, de fapt, sclavia era cunoscută. Ca o ironie a sorții, însuși regele Darius al III-lea, în cadrul tratatelor de pace purtate cu învingătorul Alexandru Macedon, a oferit 10000 de talanți pentru răscumpărarea a două fiice, a mamei și a uneia dintre soții ce deveniseră slavele lui Alexandru în urma capturării lor. Propunerea a fost respinsă; când deja stăpânești totul, nu mai negociezi amănuntele.

În India timpurilor vedice, în plină perioadă a omnipotenței patriarhale, se practica vânzarea ca sclavi a soțiilor (regimul matrimonial era poligamic) și a copiilor sau îndepărtarea lor din castă ca formă de punițiune. În timpul domniei regelui Chandragupta Maurya eliberatorul, la finele secolului al IV-lea î.Cr., după ce Macedonia își pierduse orice putere politică asupra Indiei (ce fusese cu puțin timp în urmă supusă de Alexandru cel Mare, dar care, revenindu-și, a cunoscut apogeul prosperității, devenind proverbială datorită bogățiilor ei fabuloase), Megastene, un trimis al regelui sirian Seleucus Nicanor, se arăta uluit de faptul că India nu cunoaște instituția sclaviei și găsea justă împărțirea pe caste, după ocupații, a societății care, astfel, prin oamenii ei liberi, este o societate fericită. „Este curios, spune Arian, faptul că toți locuitorii sunt oameni liberi și că nici un indian nu este sclav”.² În India dinastiei Gupta, un paria nu era un sclav; era doar un membru liber al unei caste inferioare.

Când Roma și Atena cunoșteau apogeul sclavagismului, China confucianistă și postconfucianistă se afla în plină epocă feudală iar munca servilă avea doar conotație punitivistă. Milioane de opozanți ai împăratului Shi Huang Di (cuceritorul formațiunilor statale chinezești și unificatorul acestora; 230-220 î.Cr.) fuseseră, ca sclavi publici, concentrați la continuarea ridicării și consolidării Marelui Zid. Dar, după câteva secole, în primii ani ai erei creștine, reformistul împărat Wang Mang a abolit sclavia, a naționalizat terenurile agricole și a desființat marea proprietate funciară. Locuitorii Chinei erau liberi și, mai mult decât cei din India, n-au fost asimilați de caste.

Și în Japonia primitivă (între secolele VII-I î.Cr.), deși organizarea socială era una de tip tribalo-feudal (marcată de coexistența șefilor de trib și a baronilor latifundiați)³ este consemnată o însemnată sumă de sclavi. Izvoarele sclaviei

¹ Vechiul Testament, Deuteronomul (A doua Lege) sau a cincea Carte a lui Moise, 15, 12: „Dacă unul dintre frații tăi evrei, bărbat sau femeie, ți s-a vândut ție, să-ți slujească șase ani; dar în anul al șaptelea să-i dai drumul de la tine și să fie liber”; apud Will și Ariel Durant, op. cit., vol. II, p. 51.

² Megastene, apud Will și Ariel Durant, op.cit., vol. II, p. 174.

³ Will și Ariel Durant, op. cit., vol. III, p. 235.

japoneze se rezumă la capturile de război și la punițiunea specifică pentru gravele delictе.

În sfârșit, dreptul musulman a recunoscut de la început instituția sclaviei, dar aceasta a fost reglementată pornind de la principiul din Coran, acela după care „fiecare trebuie să se comporte omenеște”¹ față de sclavi și de membrii familiilor servile. Regimul juridic al sclavilor musulmani a fost unul dintre cele mai ușoare și tolerant iar adoptarea mahomedanismului avea drept consecință lustrarea originii servile.

QUINTUM COLLIGAM

Littera (analiza literală)

Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.

Pe de o parte, sub aspectul interpretării literale, gramaticale, *naturalis facultas* nu are, în text, aparența unei adăugiri. În absența acestei expresii, textul ar prezenta un avatar: lipsa unui atribut esențial al libertății care să justifice posibilitățile și întinderea libertății. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est (...) ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

Pe de altă parte, expresia „contra naturii” era una uzitată în Epoca Clasică în grila de concepte ale filosofiei stoice. De exemplu, referindu-se la vrăjmășia oamenilor, Marcus Aurelius găsește că și aceasta este „contra naturii”.²

Sententia (contextualizarea pluridisciplinară)

1. Registrul nomotetic roman al sclaviei (statutul juridic al sclavului în epoca lui Florentinus)

În Epoca Veche romană, sclavul, considerat a fi un simplu *res*, o simplă ființă reificată, precum un animal domestic (*instrumentum vocale sive animalium vocale*), nu

¹ Simion Bărnăușiu, *Dereptulu naturale privatu*, Tiparul Tribunei Române, Iași, 1868, p. 155.

² Marcus Aurelius, *Către sine însuși*, Studiu introductiv de Vasile Pârvan, Traducere din grecește de Ștefan Bezdechi, Cu o prefață de E. Bezdechi, Editura Vestala, București, 1999, p. 47: „De aceea, vrăjmășia oamenilor între ei este contra naturii, ori a simți în sine voie rea sau repulsiune este un fel de vrăjmășie.”

avea drepturi. Era doar obiect al drepturilor exorbitante ale lui *pater familias*:

- *jus vitae necisque*;
- *jus verberandi*;
- *jus noxae deditionis*;
- *jus utendi ac fruendi*;
- *jus vendendi*.

Fiind lipsiți de *justae nuptiae*, sclavii nu puteau avea o familie iar uniunile servile, contuberniile, fiind recunoscute doar *de facto*, nu dădeau naștere la drepturi matrimoniale, personale sau successorale. Doar prohibiția incestului sugera o indirectă asimilare a sclavilor oamenilor liberi, prin forța exigențelor morale naturale.

În plină Epocă Clasică, în secolul al II-lea, care este și perioada noastră de referință, Florentinus a cunoscut, direct, o situație juridică, formală, a sclavilor mult ameliorată. Astfel:

- *Lex Petronia*, în sec. I d.Chr.¹ interzicea folosirea sclavilor inocenți (nevinovați de comiterea delictelor grave) la luptele din circ cu fiarele sălbatice;

- printr-un edict imperial, împăratul Claudius (41-54 d.Chr.) dezproprietărea stăpânii care îi abandonau pe sclavii infirmi, bătrâni sau bolnavi (pe insula lui Esculap) iar aceștia din urmă dobândeau chiar cetățenia romană;²

- împăratul Nero, urmașul lui Claudius, a dispus, prin edict, ca plângerile (*querellae*) sclavilor având ca obiect abuzurile grave ale stăpânilor față de ei să fie cercetate, pe cale administrativă, de *praefectus Urbi*;

- sub sancțiunea patrimonială a confiscării unei jumătăți din avere, împăratul Domitianus a interzis castrarea sclavilor;

- mai târziu, Marcus Aelius Hadrianus a asprit pedeapsa pentru stăpânii

¹ Data adoptării legii este obiect de controverse științifice în literatura romanistă din România. Astfel, unii autori (e.g., Mihai Vasile Jacotă și Gheorghe Piticari o plasează în anul 19 d.Cr., op. cit., p. 172) iar alții (e.g. Vl. Hanga și reprezentanții școlii de la Cluj-Napoca o leagă de anul 61 d.Cr., op. cit., p. 16). În ceea ce ne privește, susținem concepția școlii ieșene, dat fiind și proximitatea în timp a acestei legiferări de problematica socială creată de fenomenul major al eliberărilor masive din sclavie, problematică ce l-a determinat pe Octavianus Augustus, la cumpăna dintre milenii, să ceară legiferarea unor condiții restrictive; în acest sens, legile Fufia Caninia (care limita la 100 și în baza unui algoritm bazat pe teoria proporționalității numărul sclavilor posibil a fi eliberați prin testament) și Aelia Sentia (care, cu excepții exprese, stabilea la 20 de ani vârsta minimă a proprietarului eliberator de sclavi, la 30 de ani vârsta sclavului eliberat și care prohibea *fraus creditorum* prin vânzările de sclavi) au și fost adoptate în anii 2 î.Cr., respectiv, 4 d.Cr.

² *Digestorum seu Pandectarum, Liber XL, Titulus octavus, §2: Servo quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii, competit libertas*, apud Dan Oancea, *Drept roman*, Casa de editură și presă „Șansa” S.R.L., București, 1998, p. 117.

vinovați de castrarea sclavilor statuind confiscarea întregii lor averi;

- în sfârșit, pentru a ne apropia de epoca lui Florentinus, împăratul Antoninus Pius sancționează aspru, prin constituțiune imperială, uciderea sclavului de către stăpân considerând-o omucid; în cea mai bună circumstanță o considera prodigialitate și, precum prodigului îi era interzis abuzul de drept pe seama propriei averi (conform regulei gaiane), și stăpânului îi era interzis a-l relua, răscumpăra pe sclavul ce fusese constrâns a-l vinde ca sancțiune pentru uciderea altuia sau maltratarea respectivului sclav; redăm aici, pentru caracterul elocvent al regulei gaiane (*male enim nostro jure uti non debemus*), un text edificator:

„Astăzi însă, nici unui cetățean roman și nimănui altuia din cei ce se află sub cârmuirea poporului roman nu-i este permis să trateze cu cruzime și fără motiv pe sclavii săi; căci, potrivit unei constituțiuni a preaslăvitului împărat Antoninus Pius, acela care-și ucide fără motiv sclavul este dator să răspundă întocmai ca acela care a ucis pe sclavul altuia. Dar chiar exagerata asprime a stăpânilor este reprimată prin constituțiunea aceluiași împărat; fiind, în adevăr, consultat de unii guvernatori ai provinciilor în legătură cu sclavii care își găsesc refugiul în templele zeilor sau azil la statuia împăraților, acesta a prescris că, dacă cruzimea stăpânilor se va dovedi excesivă, aceia să fie constrânși a-și vinde sclavii. Și bine s-a procedat în ambele cazuri, fiindcă există o regulă, anume aceea că nu trebuia să ne folosim abuziv de dreptul nostru, așa cum, pentru același motiv, le-a fost interzisă și prodigilor administrarea bunurilor lor”¹.

Epoca Clasică romană a adus cu sine o altă noutate în planul nomotetic relativ la sclav și la actele sale juridice, încheiate *ex persona domini* (în numele și în interesul stăpânului) sau în nume și interes proprii.² Dacă, în Epoca Veche, funcționa principiul neînrautățirii situației stăpânului prin actele încheiate de sclav (*Melior per servos conditio nostra fieri potest, deterior fieri non potest*)³, în cea clasică, grație dezvoltării contractelor sinalagmatice, acest principiu este limitat. Practic, într-o bună măsură, în cadrul actelor juridice încheiate *ex persona domini*, sclavii se substituie stăpânilor în puterea de decizie, iar formula *vox servi tamquam vox domini* dobândește substanță, nu doar formă, mai ales în plină perioadă florentină, când i se recunoaște sclavului, într-o manieră circumstanțială, *libera administratio peculii*.

Tot în Epoca Clasică, pe calea reformelor pretoriene edictale, sclavii dobândesc, precum fiii de familie, capacitatea de-a avea și-a dezvolta peculii (*quasi patrimonii*), pe seama cărora să poată încheia operațiuni juridice cu membrii *domus*-ului, dar și cu terțele persoane. Raporturile juridice tot mai complexe încheiate de sclav, stăpân și terți au determinat, de altfel, apariția unor acțiuni pretoriene importante, precum: *actio de in rem verso*, *institoria*, *exercitoria*, *quod jussus*.

¹ Gaius, *Institutiones, Liber primus, Titulus LIII*, Trad. A. N. Popescu, *Gaius - Instituțiunile*, Editura Academiei, București, 1982, p. 78.

² Pentru distincții, a se vedea M. Jacotă, „Les pactes de l'esclave en son nom propre”, în *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Seria a III-a, Vol. XIII, Paris, 1966, p. 205.

³ În acest sens, a se vedea Ștefan Cocoș, *Drept roman*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 95.

Măsura benefică a relaxării interdicției personalității cu privire la sclav ne este, însă, oferită de reformele pretoriene clasice în câmpul pactelor sancționate ale acestuia, încheiate în nume și interes proprii. Aceste pacte dobândesc sancțiuni specifice, diferite de aceea unică, de *jus naturale*, din Epoca Veche care le guverna *ne varietur* și care consta în *soluti redemptio* (obligația, odată plătită, nu mai poate fi restituită).¹ Avem în vedere, *exempli gratia*:

- pactul de răscumpărare din sclavie de către terțul *redemptor* (*redemptio suis nummis*);
- pactul de libertate încheiat cu propriul stăpân (*pactio pro libertate*);
- pactul prin care se micșorează datoria sclavului față de creditorii succesiunii (*pactum ut minus solvatur*).

Jurisconsultul Marcellus, contemporan cu Florentinus, nu-i recunoaște vreun efect pactului de iertare de datorie intervenit între stăpânul eliberator și sclavul eliberat (*pactum de non petendo*), revenindu-i lui Justinian această tardivă reformă.²

Ilustrativă pentru regimul juridic ce guverna situația sclavilor în Epoca Clasică romană era instituția eliberării din sclavie, dar, în secolul al II-lea d.Cr., secolul lui Florentinus, Tertulian menționează și „căsătoria” (*contubernum*) sclavilor. *Manumissio* cunoștea două mari moduri: prin forța dispozițiilor imperative ale normelor juridice, independent de voința stăpânilor, respectiv, urmare voinței exclusive a acestora din urmă. Din prima categorie făceau parte modalități distincte, precum:

- beneficiul lui *jus postliminii* (în favoarea prizonierului de război întors de la inamic);
- beneficiul „prescripției achizitive” definitive a stării de libertate după 30 de ani de reputată stare de libertate;
- beneficiul clauzei de non-prostituare; cumpărătorul care încălca angajamentul asumat prin contract și-l prostitua pe sclavul cumpărat, pierdea, ipso facto, dreptul de proprietate asupra acestuia;
- beneficiul înrolării în armata romană sau în ordinele religioase;
- beneficiul răscumpărării sclavului în vederea eliberării lui;
- beneficiul (inclusiv al cetățeniei romane) din *Lex Petronia*, adoptată sub Octavianus Augustus, în favoarea celui bătrân, bolnav sau infirm, abandonat de stăpân pe insula lui Esculap.

¹ Pentru aprofundare, a se vedea M. Jacotă, *Drept privat roman. Jus personarum-jus rerum*, Univ. „Al. I. Cuza” Iași, Facultatea de Drept, 1977, p. 30.

² În acest sens, a se vedea Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, Vol. I, Ed. Polirom, Iași, 1998, p. 158.

A doua categorie, prin voința stăpânului, cuprindea următoarele modalități prevăzute de *jus Quiritium*: *per vindicta* (printr-un proces fictiv declanșat de un *adsertor libertatis*), cu ocazia recensământului (*censu*) și prin forța testamentului (*testamento*). La acestea, cu diferențele induse de incidența legilor *Fufia Caninia*, *Aelia Sentia* și *Junia Norbana* (adoptate din cauza amplitudinii căpătate de fenomenul eliberării din sclavie în timpul domniei lui Octavianus Augustus, în plină Epocă Clasică), se adaugă modalitățile pretoriene, neformaliste, precum: *inter amicos*, *per epistolam*, *convivii adhibitionem* sau *post mensam*. Chiar dacă într-o grilă profund paternalistă, era considerată a fi frumoasă fapta eliberării din sclavie; fatalul destin servil era astfel învins prin generozitatea stăpânilor. Aceasta este concepția ce-a pătruns, cel puțin, în mediile intelectuale romane la Epoca Clasică. Prin gura lui Trimalchio, personajul lui Petronius în *Satyricon*, o întâlnim exprimată ca atare: „Prietenilor, ..., și sclavii sunt oameni: au supt același lapte ca și noi, chiar dacă i-a copleșit o soartă rea. Înainte de-a mă prăpădi eu, și chiar în curând, or să guste din apa libertății. Ce mai încoace și încolo, îi eliberez pe toți prin testamentul meu”.¹

2. O perspectivă sociologică

Fiind considerat ființă omenească, sclavul se bucura de un tratament independent de prescripțiunile normelor juridice.

La începutul Epocii Vechi, sclavii, puțini la număr în raport cu oamenii liberi, erau valoroși în cadrul patrimoniului stăpânului. Pe cale de consecință, abuzurile îndreptate împotriva vieții și integrității lor corporale erau rare. Cei liberi lucrau alături de ei, asumându-și muncile grele. Muncile ușoare, domestice, le erau rezervate sclavilor, fiilor de familie și femeilor.

Paradoxal, odată cu relaxarea situației juridice a sclavilor, abuzurile stăpânilor s-au înțesat. Cauza rezidă în creșterea exponențială a numărului de sclavi, mai cu seamă după războaiele punico și după începerea procesului de extindere teritorială a Romei în Peninsula Italiei și în afara acesteia. „Ești ieftin ca un sard”, expresie curentă după cucerirea Sardiniei este ilustrativă pentru acest nou spirit de nepăsare față de situația *de facto* a sclavilor din Epoca Clasică (ce devenise epocă sclavagistă propriu-zisă).

În agricultura romană a secolului I d.Cr., a apărut o optimă alternativă la modul sclavagist de producție. Această alternativă anunță, într-o incipientă formă, viitoarea organizare feudală a societății. Este vorba de colonat. Colonii și familiile lor închiriau de la proprietari sau de la fermierii generali (*conductores*) terenuri (*locatio-conductio*) iar prețul închirierii (*pretium locati, reditus*) era achitat după vinderea recoltei. Arendarea marilor latifundii a fost determinată de scăderea constantă a

¹ Gaius Petronius Arbiter, *Satyricon*, Traducere, prefață și note de Eugen Cizek, Ed. Hyperion, Chișinău, 1991, p. 127. În același sens, a se vedea și Ph. Aries, G. Duby, op.cit., p. 71.

populației în mediul rural și de nevoia exploataării eficiente a terenurilor. Mulți dintre cei învinși în războaiele regulate ale Romei erau transformați în coloni și nu în sclavi. Mulți proletari, pentru asigurarea subzistenței familiale își încercau astfel norocul. Mai cu seamă marile provincii africane și asiatice au cunoscut această incipientă organizare de tip feudal, una care va fi sancționată juridic prin constituțiuni imperiale la începutul Dominatului.

De remarcat este că, în timp, unii dintre arendașii liberi deveneau *servi terrae* datorită „pe de o parte, imposibilității de plată a prețului folosinței, ceea ce a determinat modificarea naturii prețului - numai din bani la început, în bani și produse și, mai târziu, numai în produse - și, pe de altă parte, datorită puternicei crize economice și financiare pe care imperiul a început a o traversa odată cu Dominatul”.¹

3. Perspectiva antropologiei juridice

Munca sclavilor era respectată. Roma nu a cunoscut excesiva mentalitate ateniană² care trata du dispreț munca și mai ales cu repulsie munca fizică. Ocupațiile burgheze (comerțul, activitățile bancare, meșteșugăritul, predarea artelor frumoase etc.) erau rareori socotite, cu aristocrația trufie, munci inferioare rezervate păturii servile și peregrinilor, dar disprețul privea activitățile în sine, nu și indivizii care le prestau din necesitate economică. Utilitarismul roman este evident și în această privință: prin sclav era economisit timpul care, în compensație, era cheltuit în investiții de lene meditativă și politică. Peste secole, Unamuno avea să rezume această teză antropologică într-o formulă definițională pentru însuși conceptul de „civilizație”: „Civilizația a început în ziua în care un om, supunându-l pe altul și obligându-l să muncească pentru amândoi, a putut să-și facă timp pentru a contempla lumea și să-l oblige pe cel supus la munci de lux. Sclavia a fost ceea ce a permis lui Platon să speculeze asupra republicii ideale, iar războiul, cel care a adus sclavia. Nu fără rost Atena este zeița războiului și a științei.”³

¹ Valerius M. Ciucă, op. cit., vol. I, pp. 165-166, apud M. Jacotă, *Contribuții la studiul crizei generale a sistemului sclavagist în Imperiul Roman*, Studii Clasice, Ed. Academiei, București, 1963, pp. 193 sqq.

² După Xenofon, „Artele inferioare, numite arte mecanice ... au o faimă proastă în rândul comunităților civilizate, și nu fără temei, dacă ținem seama că aceste lucrări distrug sănătatea tuturor celor care le practică, muncitori și supraveghetori, siliți să rămână în poziția șezând, să biruie întunericul sau chiar să trudească toată ziua dinaintea unui cuptor încins. O dată cu vîlăguirea trupului se istovește și sufletul, deoarece, date fiind numeroasele solicitări pe care le presupun aceste arte inferioare, timpul nu le lasă oamenilor nici un răgaz pe care să-l închine prieteniei sau statului.” În acest sens, a se vedea Glotz, *Ancient Greece at Work*, p. 160, apud Will Durant, vol. II, op.cit., p. 57.

³ În acest sens, a se vedea Miguel de Unamuno, *Despre sentimentul tragic al vieții la oameni și la popoare*, Traducere și note de Constantin Moise, Postfață de Dana Diaconu, Institutul European, Iași, 1995, p. 203.

După Gadamer, etosul libertății este propriu oricărei ființe (nu doar stăpânilor de sclavi) iar bazele antropologice ale libertății se află în autoritate și în recunoașterea ei ca atare, precum și în conștiința asumată a morții.¹

Chiar dacă reificarea *de jure* a sclavului în cadrul modului de producție sclavagist era un fapt notoriu, în fapt, oamenii liberi îl respectau pe acesta ca pe orice ființă umană diferențiată. Unii dintre sclavi atrăgeau chiar respectul comunității datorită calităților lor fizice și intelectuale sau datorită talentelor deosebite care le scoteau în evidență personalitatea, sau, și mai frecvent, datorită succesului lor în afaceri, succes de care erau atât de cointeresați stăpânii. De fapt, acceptă mulți antropologi și juriști, „o primă dată esențială este marea eterogenitate ce caracterizează universul sclavilor”². Mulți medici, profesori, directori de bănci sau conducători de comerț maritim ori terestru, antreprenori și artiști, gânditori (e.g., Esop sau Gaius), vestiți scriitori (e.g. Livius Andronicus și istovitoru-i învârtit de rășniță), chiar și oșteni, proveneau din rândurile sclavilor din *familia urbana*. Din *familia rustica*, însă, de o anumită autonomie se bucurau doar păstorii. Unii cărturari cred că, având în vedere prenumele, chiar regele Servius Tullius ar fi avut în realitate o mamă sclavă și nu pe Tanaquilla, soția lui Lucius Tarquinius ce fusese ales, ca prim rege din dinastia etruscă sub numele Priscus.³ Să nu uităm, apoi, imensa putere executivă creată prin intermediul sclavilor de către împărații romani în epoca Principatului pentru a o contracara și controla pe aceea a aristocraților, a senatorilor considerați inamici naturali ai palatului imperial. Vespasianus și-a câștigat postul de comandant al Legiunii a II-a *Augusta*, cu baza în Germania, tocmai datorită influenței și protecției obținute din partea unui astfel de sclav, Narcis, la curtea lui Calligula. Poate părea greu de conceput astăzi că influența unor sclavi sau chiar a unor sclave, amante ale potentatilor, reprezentau condiții favorabile de parvenire pentru cei liberi și „protejați” de aceștia. La fel de greu de conceput este puterea executivă, administrativă, enormă pe care o dobândiseră libertii aflați în diferite funcțiuni executive, ministeriale, pe lângă palatul imperial.

Sub raport antropologic, sclavul era privit ca o ființă omenească productivă (uneori fiind mai bogat și mai influent decât mulți dintre oamenii liberi) iar sclavia antică, prin prisma profitului, apare în concepția unor gânditori ca o „stranie relație juridică, determinând simțăminte banale de dependență și autoritate personală, relații afective și puțin anonime”.⁴ A investi în sclavi și moșii devenise, la finele

¹ Hans Georg Gadamer, „Bazele antropologice ale libertății”, în *Elogiul teoriei. Moștenirea Europei*, Traducere de Octavian Nicolae și Val. Panaitescu, Cuvânt înainte de Ștefan Afloroaei, Editura Polirom, Iași, 1999, p. 191.

² A se vedea, în acest sens, Yvon Thébert, „Sclavul”, în Andreea Giardina (coord.), op.cit., p. 132.

³ Indro Montanelli, *Roma. O istorie inedită*, Traducere de George Micacio, Editura Artemis, București, 1995, p. 36.

⁴ În acest sens, a se vedea Philippe Ariès și Georges Duby, op. cit., vol. I, p. 60.

Republicii, o afacere economică asemănătoare cu orice plasament financiar modern.¹

Ca un comandament moral, omul merituos trebuia să se manifeste cu bunătate față de „umilul prieten” (după Seneca citat de Duby) care era sclavul iar acesta din urmă, acceptându-și destinul, să manifeste condescendență față de stăpân. Romanii nu-i apreciau pe stăpânii răi și pe scallvi ireverențioși. Chiar instituția juridică a eliberării din sclavie era asigurată cu o acțiune a cărei denumire este sugestivă în acest sens: *actio de revocatio in servitutem propter ingratitudinem* (acțiunea de rechemare în sclavie din cauza ingratitudinii, a nerespectării, de către libert, a obligațiilor născute din *jura patronatus*, din drepturile patronale).

4. Filosofia dreptului și idealul creștin al libertății individului

Din perspectivă filosofică, starea de libertate era considerată, în Roma Epocii Clasice, ca fiind una naturală. Naturalismul sau realismul formal al lui Aristotel (*forma dat esse rei*, forma este natură)² era același vector al gândirii romane clasice, dar sensul era schimbat. Concepția lui Aristotel (din opera sa capitală *Politica*)³ despre sclavie ca ceva natural era abandonată în favoarea naturalei libertăți umane. O spune clar și Domitius Ulpianus, contemporan cu Florentinus atunci când abordează problema libertății umane din perspectiva filosofică a lui *jus naturale*: *Quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt*.⁴ Fiind în acord cu natura noastră, libertatea nu putea fi decât un lucru bun, așa cum bun este orice lucru în acord cu firea noastră, cu natura noastră umană. Mai târziu, Baruch Spinoza avea să ridice la rang de teoremă (t. XXXI) și de corolar această concepție.⁵ Axioma lui Spinoza⁶ acordă preempțiune puterii, exact cum a procedat Florentinus definind libertatea în confinele forței sau ale legii. În sfârșit, mai mult decât Spinoza, Hegel (care s-a ocupat în mod particular de dreptul natural) avea să sublimeze ideea reciprocității implicate de

¹ A se vedea, în acest sens, Hendrik Willem van Loon, *Istoria omenirii*, În românește de Ion Totoiu, Editura Venus, 1991, p. 94.

² Aristotel, *Fizica*, 193b 12-13.

³ Aristotel, *Politica*: „Cine poate să prevadă cu ajutorul gândului, acela este în mod natural stăpân și conducător, iar cel care poate realiza cu ajutorul corpului cele prevăzute este supus și sclav în mod natural”, apud Claudiu Mesaroș, „Despre conceptul de natură în *Politica* lui Aristotel”, în Vasile Muscă, Alexander Baumgarten (coordonatori), *Filosofia politică a lui Aristotel*, Traducerea în limba română a textelor din Aristotel și Sfântul Toma din Aquino: Alexander Baumgarten și Cristina Andrieș, Editura Polirom, Iași, 2002, pp. 223-224.

⁴ *Digestorum seu Pandectarum, Liber L, Titulus XVII, § 32*, apud Vasile Popa, *Sistemul juridic al cetății Roma*, Ediția a II-a, Prefață de Jean Gaudemet și Dumitru Mazilu, Editura Presa Universitară Română, Timișoara, 2001, p. 103.

⁵ A se vedea, în acest sens, Baruch Spinoza, *Etica demonstrată după metoda geometrică*, Traducere din limba latină: prof. S. Katz, Editura Antet XX Press, București, 1993, p. 158: „Corolar: Deci, nimic nu poate fi bun dacă nu se potrivește cu natura noastră și, de asemenea, orice lucru ne este cu atât mai folositor cu cât se potrivește mai mult cu firea noastră și viceversa.”

⁶ *Ibidem*, p. 143.

dreptul personalității (care cu necesitate implică libertatea) chiar și în planul dreptului abstract sau *formal* (nomotetic). Își motivează astfel concepția: „personalitatea conține în genere capacitatea dreptului și formează conceptul și baza, ea însăși abstractă, a dreptului abstract și deci *formal*. Imperativul dreptului este deci: *fii o persoană și respectă pe ceilalți ca persoane*.”¹ Același Hegel își explică originea societății prin prisma raportului dialectic dintre libertate și sclavie, prima condiție având nevoie de recunoașterea unui arbitru dual - sinele și terții. Libertatea nevalidată de sine și de terți ar fi un non-sens. Valoarea ei absolută se fundamentează pe recunoaștere iar pentru a câștiga această recunoaștere omul trebuie să-și domine instinctele și chiar teama de moarte, după cum, trebuie să obțină acreditarea de stăpân de la ceilalți indivizi.²

Sclavia era, în viziunea lui Seneca, un accident de nefast destin individual, o fatalitate căreia nimeni nu-i putea rezista. Iar voința destinului trebuie acceptată cu resemnare stoică. Este unul din comandamentele lui Marcus Aurelius (alt mare contemporan al jurisprudentului Florentinus) alături de primatul rațiunii, al lucidității, de abandonarea patimei, egoismului și a ipocriziei.³ „Regula de aur” la creștini, prin vocea evangheliștilor Matei și Luca⁴ în materia noastră, aceasta ar fi: „Nu face altora ceea ce nu ai vrea să ți se facă ție însăși” (*Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*), o regulă invocată mai târziu de Thomas Hobbes, în *Leviathan*, în directă legătură cu legea naturală primordială: obținerea păcii sau a conservării ființei (precondiția existențială fiind *bellum omnium contra omnes*) prin derivata renunțare la dominarea totală, cu alte cuvinte, prin a se mulțumi „cu atâta libertate față de alți oameni câtă le-ar acorda ei altora față de ei înșiși”.⁵

Țesătura ontologică a vieții individului era confecționată însă pe canavaua libertății formale. Și sub unghi deontic aspirația libertară trebuia să însuflețească acțiunile oamenilor. Dar, încă o dată, fatalitatea trebuia acceptată ca atare. Așa cum legile *imortales* trebuiau acceptate așa cum erau. Romanii aveau o altă perspectivă asupra dreptului și justiției; dacă se nimerea ca justiția să corespundă dreptului, întâmplarea era fericită; normalitatea, ca filosofie socială, se ascundea, însă, în certitudinile dreptului, ca certitudini ale speciei, nu ale individului, în *nomos*, nu în *theora* și nici în fantasmatică reverii individuale; are dreptate Ortega y Gasset să

¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului sau elemente de drept natural și de știință a statului*, Traducere de Virgil Bogdan și Constantin Floru, Editura Academiei, București, 1969, pp. 66-67.

² A se vedea, în acest sens, H. G. Gadamer, op.cit., p. 191.

³ Marcus Aurelius, op. cit., p. 48: „Gonește orice alt gând, și vei putea aceasta, dacă privești pe fiecare dintre faptele tale, ca pe cea din urmă a vieții tale, cu sânge rece, fără vreo patimă, care să răpească rațiunii supremația ei, fără ipocrizie, fără egoism, și cu resemnare față de voința soartei.”

⁴ Noul Testament, Evanghelia după Matei, 7: 12 și Evanghelia după Luca, 6: 31.

⁵ Thomas Hobbes, *Leviatanul*, Partea I, *Despre om*, 6, Cap. XIV, *Despre prima și despre cea de-a doua lege naturală și despre contracte*, apud Emanuel-Mihail Socaciu (coordonator), *Filosofia politică a lui Thomas Hobbes*, Editura Polirom, Iași, 2001, p. 43.

afirme inexorabilitatea dreptului roman ca esențială calitate pentru admirabila sa devenire; unii stăpâni erau persuadați de caracterul natural și echitabil al libertății, așa cum era el sublimat de filosofia stoică; dar normele străvechi nu puteau fi obiectul tranzațiilor legislative în spiritul liber-schimbist de astăzi; romanii aveau repulsie naturală față de capricioasele „fluidități” normative, și de aventurismul experimentalist care pe noi ne fascinează; primatul dreptului, ca garanție a certitudinii, față de idealul justului, ca aspirație, marca înțelepciunea romană.¹ Ei n-ar fi acceptat teza modernă a libertății individualiste rafinată într-un lung exordiu de către Rudolf Steiner².

Influența filosofiei stoice grecești în Roma Epocii Clasice este considerabilă. Cu două secole înainte de afirmarea definițiilor jurisprudentului Florentinus, Cicero glorifica aspirația spre libertate iar stoicismul, după cum am mai afirmat, plasa sclavia în câmpul hazardului, al nefastei întâmplări care guvernează viața, astfel încât nimeni nu este ocolit de virtualitatea aservirii dacă destinul îi este potrivnic. Mai târziu, la Seneca „găsim, probabil, una dintre încercările cele mai elaborate de reflecție asupra nevoii unor noi raporturi între stăpâni și sclavi”.

Tentativele de universalizare a gândirii și moralei stoice sub semnul unei conștiințe civice emergente și al unui psihism egalitar sunt tot mai numeroase. Stoicismul va lăsa creștinismului un teren fertil și o condiție intelectuală propice afirmării ideilor centrate pe echitate și raționalitate. Tema centrală a sclaviei în creștinismul incipient nu va mai fi obediența necondiționată, cât sentimentul datoriei împlinite pe care împăratul filosof Marcus Aurelius (teoreticianul stoicismului, cu care a fost contemporan jurisconsultul Florentinus) îl socotește a fi adevăratul ax filosofic al registrului moral universal. A-ți îndeplini obligațiile provenind din statutul social (fie el superior ori inferior) dă măsura capacității tale de-a-ți asuma condiția de om integru. Sclavul putea fi conceput ca om integru, a cărei viață putea fi complexă și dinamică precum aceea a unui om liber sub deviza „*Servi sunt. Immo*

¹ În acest sens, a se vedea și Ortega y Gasset, *O interpretare a istoriei universale* (pornind de la Toynbee), Traducere din limba spaniolă de Esdra Alhasid, Ed. Științifică, București, 1999, p. 332: „De aceea omul are nevoie să-și asigure o anumită dimensiune a vieții sale, să știe, măcar, în aceasta, pe ce trebuie să se bazeze, pentru ca din ea să înfrunte cu brio restul problematic. Acesta era Dreptul pentru romani. Mulțumită acestei siguranțe a Dreptului său, cetățeanul Romei se putea sprijini pe el cu încredere, se putea menține ferm și, simțindu-se ocrotit, liniștit, pentru a spune astfel, în ariergarda sa, se putea ocupa netulburat, fără teamă și nevroză, de comportamentul său ca un om demn pentru a-și duce cinstit viața personală și cu seriozitate și a-și forma un caracter integru și energetic.”

² În acest sens, a se vedea Rudolf Steiner, *Filozofia libertății. Elemente fundamentale ale unei concepții moderne despre lume*, Traducere de C. Oarcea și I. Ionașiu, Editura Princeps, Iași, 1993, p. 179: „Omul poate fi considerat ca un spirit liber în cadrul unei comunități omenеști, numai în măsura în care s-a eliberat (...) de caracterele de specie. Nici un om nu este în întregime specie, nici unul nu este cu totul individualitate. Dar, treptat, treptat, fiecare om îndepărtează din ființa sa o parte, mai mare sau mai mică, din caracterele de specie ale vieții sale animalice și din constrângerile pe care legile autorităților omenеști le exercită asupra sa.”

homines". Sub aspect filosofic, dreptul sclavagist roman fără să fi devenit unul fundamental antropocentrist, era în plin proces de părăsire a palisadelor vechi, grecești, din jurul conceptului fundamental de „polis” unde „individul se pierduse, oarecum, în ansamblul națiunii, cetățeanul în ansamblul cetății”.¹ Pe temelia datoriilor, însă, ideea centrală, exprimată de însuși Marcus Aurelius, aceasta era: menirea naturală a indivizilor este aceea de-a năzui și-a acționa spre binele colectivității² alături de aceea de a face binele în orice împrejurare, fără a aștepta vreo recompensă sau recunoștință din partea altora și, mai cu seamă, din partea celor „nerușinați”³.

Jus naturale

Această mișcare, dinspre resursele și nevoile *civitas* spre cele *hominis*, a presupus rafinarea stoicismului practic roman și asimilarea nucleului dur al gândirii creștine ce face din Fiul Omului portdrapelul ideii de om ca centru relațional al universului. Toate celelalte măsuri liberale *avant la lettre* în planul dreptului privat roman (cu exagerarea frecventă a conceptului individualist de *voluntas* și a aceluia anti-formalist de *bona fides*, cu încurajarea extrapolării tezei familiale *officium pietatis erga proximos* și cu asiduitatea urmăririi idealului *aequitas*) apar, în această nouă lumină timid antropocentristă ca fiind perfect naturale. Vor fi descoperit romanii că forța contractului este mai mare decât aceea a aservirii? Vor fi observat că responsabilitatea este mai productivă decât temerea, fapt descoperit pe calea deschisă de comportamentul libertilor și apoi al colonilor?

Creștinismul nu mai grăia *in sotto voce* în Roma celui de-al III-lea secol d.Cr. Impregnația egalitară și justițiară a ideilor sale în țesătura discursurilor publice și în continuarea idealurilor stoice nu mai putea fi ignorată. În scrisoarea 47 către Lucilius (integral consacrată problemei sclaviei), Seneca este tranșant: *Servus est. Sed fortasse liber animo*⁴. Sufletul sclavului rămâne totuși liber. În planul filosofiei practice, al moralei, apar consecințe benefice: familiile servile nu mai sunt destrămate abuziv, doar în funcție de interesele pecuniare ale stăpânilor iar la moartea lor tot mai mulți sclavi se bucură de funeralii organizate, după firea lucrurilor, de către stăpânii care astfel probează, în spiritul clamat de Seneca, o veritabilă prietenie. A se lua, această din urmă afirmație, *cum grano salis*. Mizeria condiției servile nu și-a cunoscut în Antichitatea romană sfârșitul iar justițiarismul este dintotdeauna și pentru totdeauna doar o *fata morgana*, fiind neștiințific a face ierarhii între sisteme sociale diferite.

¹ A se vedea, în acest sens, Benjamin Constant, op. cit., p. 6.

² Marcus Aurelius, op. cit., p. 126.

³ Ibidem, p. 129.

⁴ Apud Y. Thébert, op. cit., p. 148.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În a șasea treaptă de analiză voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text pentru a lămuri contradicțiile după metoda dialectică.

1. Teza - *pro auctotitas* -

Libertatea este, spre finele Epocii Clasice romane, consacrată ca o facultate naturală a fiecărui individ iar sclavia este împotriva firii lucrurilor.

Concepția exprimată în teză reprezintă consecința logică a sistemului de gândire stoic și creștin pe care Roma l-a acceptat ca pe o trăsătură firească a modului ei de raportare la universalitatea relațiilor inter-umane. Roma se exprima, în spirit public și privat, în numele libertății.

2. Antiteza - *contra auctoritas* -

Libertatea nu este o facultate naturală iar sclavia nu este contra naturii. Diviziunea esențială a oamenilor (*summa divisio personarum*, cum scrie Gaius în *Institutiones*¹, la mijlocul secolului al II-lea d.Cr.) tocmai aceasta este, între liberi și sclavi iar Domitius Ulpianus, spre finele aceluiași secol, încă asimila, în cuprinsul mai multor texte juridice, fuga sclavilor de pe moșie pierderii animalelor domestice.

Libertatea nu poate fi decât un privilegiu pentru puținii oameni care merită să fie liberi pentru că, o spune și Cicero, „*libertas* este cel mai înalt dintre bunuri”² iar după un secol și jumătate, Gaius repetă: *Libertas omnibus rebus favorabilior est*.³

De ce nu ar fi fost aceasta concepția dominantă la Roma Epocii Clasice, dacă în plin iluminism, un gânditor profund precum Goethe afirma că „Acesta este ultimul cuvânt al înțelepciunii./ Acela doar merită libertatea și viața/ care și le câștigă în fiecare zi”?

Platon și Aristotel în „*Republica*”, respectiv, „*Politica*”, nu-i acordau libertății caracteristici naturale. Oamenii liberi se diferențiază net de sclavi, chiar dacă, acceptă Aristotel, în prima carte a *Politicii*, menirea oricărui om este de-a trăi în cetate, de-a fi *zoon politikon*. Dependența, chiar sub forma sclaviei, este firească. „Nici Dumnezeu însuși nu poate sta împotriva necesității; e vorba aici de necesitatea la care pot fi

¹ Gaius, *Institutiones, Liber primus, Titulus novus*.

² În acest sens, a se vedea Raymond Bloch, Jean Cousin, *Roma și destinul ei*, Cuvânt înainte de Jean Cousin, Ed. Meridiane, București, 1985, p. 221.

³ *Digestorum seu Pandectarum, Liber XL, Titulus XII, De liberi causa*, §37., apud V. Popa, op. cit., p. 103.

supuși și zeii”¹, spune Atenianul (N.B.!, cel mai luminat) din „Legile” lui Platon. Pe cale de consecință, am spune împreună cu Platon, nu ne putem imagina organizare socială fără sclavie. Oamenii sunt făcuți să depindă de semenii lor iar cei mai slabi trebuie să trăiască în inferioara condiție de ființe reificate. Omul politic este un om superior care a știut să evite hazardul înrobirii de către un particular, dar trebuie să știe că *cetatea perfectă* a lui Socrate (în „setea acestuia de-a crea omul perfect”) nu-l acceptă decât ca rob. Aceasta este drama lui Socrate, a „neîmpăcării adevărului cu libertatea”². Mintea omului superior este întreagă, pe când a sclavului este redusă la jumătate, după credința lui Homer³ asumată de același Atenian al lui Platon care-l venerază pe „cel mai înțelept dintre poeți”. Sclavul, obiect al unei „posesiuni dificile” are tendințe evidente de comitere de fapte „neorânduite”. El trebuie respectat nu pentru omul egal care zace în el, pentru că nu-i, de fapt, decât un „animal greu de condus”, unul care cu greu admite deosebirea dintre „stăpân și slugă”, ci pentru ca stăpânul să-și asigure auto-protecția. Este inteligent să te porți cu chibzuință cu cel inferior și periculos predispus la răzmeriță și la alte violențe, pentru a nu-i stârni dorința animalică de vendetă și totodată pentru a dovedi celor egali cu tine că te poți purta cu dreptate și misericordie chiar și în situații ce nu sunt de natură a-ți atrage răspunderea juridică.⁴

De ce n-ar fi triumfat aceste concepții ale școlilor neoplatonice și neoaristotelice grecești și la Roma Epocii Clasice?

3. *Sinteza - dicta, sive concordia discordantium, sive conjunctio oppositorum*

Probabil, datorită absenței scepticismului și pesimismului proprii gândirii platoniene, pentru a răspunde, în sinteză, la întrebarea cu care am încheiat antiteza, inteligența romană nu a cunoscut „prăbușirea” în soluții excentrice, în extravaganta și iminența sclaviei perene, soluție „catastrofică”, din clasa celor pe care inteligența europeană capitulardă din anii de sfârșit ai secolului al XIX-lea le sintetizau într-un „cult ruinător și decadent”, cum ar spune H. Arendt⁵, din care lumina rațiunii și libertății individuale era expatriată.

Caracterul servil al oricărei economii fundamentate pe proprietatea

¹ Platon, *Legile*, Cartea a VI-a, Traducere: E. Bezdechi, Introducere și traducerea Cărții a XIII-a, Șt. Bezdechi, Editura IRI, București, 1995, p. 230.

² A se vedea, în acest sens, Petre Țuțea, *Philosophia perennis*, Editura Icar, Editura Horia Nicolescu, București, 1992, p. 40.

³ Homer, *Odiseea*, Cartea a XVII, vers 332: „Zeus omniprezent le ia jumătate din minte/Celor ce li se menește soarta de sclav drept ursită”.

⁴ Platon, op. cit., pp. 189-190.

⁵ Hannah Arendt, *Originile totalitarismului*, Traducere de Ion Dur și Mircea Ivănescu, Ed. Humanitas, București, 1994, p. 155.

individuală este incontestabil. Afirmarea caracterului natural al libertății nu contrazice decât formalismul sclavagismului. Inventarea altui mijloc de determinare socială a fost trenantă dar procesul acesta s-a declanșat în secolul al II-lea d.Cr., odată cu apariția colonatului. Florentinus, mare proprietar de sclavi nu putea face abstracție de ineficiența muncii servile și de productiva muncă angajată prin contract (auto-aservire sau munca celor *servi terrae* în agricultură). Forma și fondul se separă în sclavagism în Epoca Clasică, pentru a se reîntâlni în feudalism și apoi în capitalism și socialism sub alte ipostaze, din ce în ce mai contractualiste. „Animismul” contractualist este o măsură a eficienței acțiunii sociale, nu o garanție a dreptății sociale sau echității. Ca atare, Florentinus a putut surprinde printr-o aparent paradoxală definiție noul interes economic al proprietarilor de sclavi derivând din pragmatism, utilitarism, eficiență și detașarea iconoclastă a acestora de imaginea străveche a sclavului ca *res, animalium vocale, instrumenta vocalia*. Prin asta, se realizează unitatea contrariilor aparente. Puterea exorbitantă a marilor proprietari nu se mai definește doar prin parametrii categoriali și formalști ai bunurilor din conservatoarea *divisio bonorum*. Această metamorfoză nu-i privește doar pe sclavi. Bunuri importante nu mai sunt cele *mancipi* (măgarul, casa, terenul etc.), ca-n Epoca Veche, ci cele *nec Mancipi* (e.g., banii). Bunuri semnificative nu mai sunt cele *corporis* (vile, unelte etc.), ca odinioară, ci cele intangibile și foarte capricioase, volatile (creanțele bunăoară și capitalul transnațional). Chiar și prestigiul personal, faima, celebritatea unui asociat devin deseori, în această nouă alchimie juridică și filosofică, un bun valoros, chiar mai însemnat decât milioanele de sesterți din fondul social al unei *societas universarum fortunarum sive societas totorum bonorum*.¹

SEPTIMUM QUERAM ET BROCARDUM

Nu este cazul a completa a șaptea treaptă metodologică cu propuneri *de lege ferenda*, dată fiind vechimea textului analizat și caracterul fanat al orânduirii sclavagiste... Cât privește justificările dreptului sancționat de textul în cauză, expunem următoarele argumente în favoarea tezei neinterpretării sale de către compilatorii lui Justinian:

- sclavia devenise, în Epoca Clasică, ineficientă sub raport economic, fapt evident mai cu seamă pentru marii proprietari de sclavi (precum Florentinus) și latifundiari;
- sclavii dobândiseră recunoaștere socială și paliative de personalitate juridică;
- sclavii afirmaseră, din perspectivă antropologică, calități umane incontestabile (spirit creator, laborios, întreprinzător și inteligență relațională);

¹ Despre acestea, *Digestorum seu Pandectarum, Liber XVII, Titulus secundus, §§16, 17*.

- sclavii aveau resurse volitive care, bine puse în operă produceau valori sociale apreciabile;

- mulți proprietari de sclavi erau convingși de spiritul jusnaturalist de echitate sublimat în filosofia stoică; dar formele juridice vechi nu puteau fi schimbate de la o zi la alta; romanii aveau oroare de fluiditățile legislative, de experimentalismul juridic ce reprezintă marca noastră de spirit din nefericire; pentru romani primă dreptul în fața justului iar certitudinea dreptului era mai prețuită decât volatilitatea dreptății;

- numeroși proprietari de sclavi se aflau sub influența ideilor creștine egalitariste;

- Justinian, cu spiritul lui conservator, dar împărat, ar fi avut mai puține interese să considere sclavia ca fiind contra naturii decât Florentinus, tot conservator, ca majoritatea jurisprudenților de influență sabiniană, și totodată mare proprietar de sclavi.

Excepție la caracterul nenatural al sclaviei (recunoscută implicit, nu explicit și astăzi) face „aservirea” aparentă pentru cauze delictuale grave (infrațiuni, cum am spune astăzi, în limbaj penalist). Punițiunile privative de libertate pot fi considerate, precum în Epoca Clasică romană, naturale în raport cu valorile sociale vătămate prin acțiunile antisociale ale autorilor gravelor delikte.

Brocardul analizei noastre acesta este: **libertatea este naturală iar sclavia este un artefax**. Florentinus nu a creat o concepție nouă, doar a reprodus într-o definiție celebră spiritul emergent al epocii sale care nu s-a născut dintr-un impuls altruist și pios, ci din intuiția beneficei expansiuni a „limesurilor” sociale ale responsabilității. Astăzi este un numitor comun al filosofilor să aprecieze că „o persoană este responsabilă moral și legal numai pentru acțiunile voluntare”¹. Romanii Epocii Clasice, precum noi, modernii, au început să perceapă la justa valoare credința că tirania, despotismul și opresiunea încep prin „atentate asupra dreptului privat, prin violențe față de indivizi”², cum ar spune Rudolf von Ihering și, prin asta, sunt profund ineficiente în planul dezvoltării economice și sociale.

*

* *

¹ În acest sens, a se vedea Peter K. McNerney, *Introducere în filozofie*, Traducere: N. I. Mariș, Laurențiu Staicu, Editura Lider, București, p. 192.

² A se vedea, în acest sens, Rudolf von Ihering, *Lupta pentru drept*, Traducere și îngrijire ediție, Andrei Florea, Editura All Beck, București, 2002, p. 48.

Linguam praeire menti non permittendum¹

¹ „Nu trebuie să lăsăm ca limba să o ia înaintea minții” (Chilon, sec. VII î. Chr., om politic spartan, unul dintre cei șapte înțelepți ai Greciei antice), apud Eugen Munteanu, Lucia-Gabriela Munteanu, *Aeterna Latinitas. Mică enciclopedie a gândirii europene în expresie latină*, Ed. Polirom, Iași, 1996, p. 140.

REVOCAREA DONAȚIEI PENTRU SURVENIENȚĂ DE COPIL

Teodor Matei

PRIMUM DIVIDAM

În general se știe ce este o donație. Ca regulă, aceasta este irevocabilă. Există însă în dreptul nostru 3 cauze de revocabilitate a donației. Aceste cauze sunt expres arătate de art. 829 C. civ. Astfel, „Donațiunea între vii se revocă, pentru neîndeplinirea condițiilor cu care s-a făcut, pentru ingratitudine și pentru naștere de copii în urma donațiunii”.

Am ales pentru analiza noastră „Revocarea donației pentru surveniență de copil”. Conform treptei I să prezentăm textul din norma juridică; este vorba de art. 836-840 din C. civ. român.

Art. 836 – „Orice donațiuni prin acte între vii făcute de persoane ce n-au copii sau descendenți existenți în timpul facerii lor, oricare ar fi valoarea acestor donațiuni și sub orice titlu s-ar fi făcut, fie chiar donațiunea mutuală sau remuneratorie, fie în fine donațiunea în favoarea maritagiului făcută soților de oricare altă persoană, afară de ascendenții lor, sunt revocate de drept, dacă donatorul, în urma donațiunii, dobândește un copil legitim, un postum sau chiar când a legitimat pe un copil natural, prin maritagiul subsecvent”.

Art. 837 – „Revocarea se face și când copilul donatorului sau al donatricei ar fi fost conceput în timpul donațiunii”.

Art. 838 – „Donațiunea rămâne revocată chiar când donatorul ar fi intrat în posesia lucrurilor dăruite și ar fi fost lăsat în posesia acelor lucruri după nașterea fiului donatorului; donatarul posesor nu va fi obligat a restitui fructele de orice natură luate de el, decât din ziua în care i se va fi notificat nașterea fiului sau legitimarea sa prin căsătorie subsecventă”.

Art. 839 – „Orice clauze sau convenții, prin care donatorul ar renunța la revocarea donațiunii pentru naștere de fiu, este nulă și fără nici un efect”.

Art. 840 – „Prescripția acțiunii de revocare se împlinește după 30 de ani de la nașterea fiului”.

Așadar, în rezumat, o donație este revocabilă de drept dacă se îndeplinesc următoarele 2 condiții: 1) donatorul să nu aibă vreun copil sau alt descendent în viață în momentul încheierii contractului de donație; 2) donatorului să i se nască un copil (fie și după moartea sa).

Realizând *lectura* și *summa* vom trece acum la cea de-a doua treaptă a cercetării noastre.

SECUNDUM PONAM CASUM

În această treaptă trebuie să prezentăm un caz particular, real sau eidetic (imaginar).

Am avut mari probleme cu găsirea unei practici judiciare pe tema revocării donației pentru surveniență de copii. De fapt, nu prea există practică pe această temă. De aceea am imaginat câteva situații care ar putea să fie rezolvate în lumina reglementărilor privitoare la revocarea donației pentru surveniență de copil. Iată-le:

1) A nu are nici un copil, donează un teren de 50 hectare și apoi adoptă un copil.

2) A are un copil adoptat, donează terenul respectiv și apoi soția sa dă naștere la un copil.

3) A nu are nici un copil, donează terenul și apoi apelând la metoda de procreare medical asistată, fecundația *in vitro*, dobândește un copil.

4) A nu are nici un copil, face donația, i se naște apoi un copil, care decedează la scurt timp.

5) A are un copil născut, donează, apoi i se mai nasc încă 10.

6) A nu are copii, donează, trec 10 ani. Între timp terenul își schimbă proprietarul de mai multe ori, apoi i se naște un copil.

7) A are un copil declarat dispărut, face donația, apoi i se mai naște un copil.

8) A are un copil conceput (în luna a opta), face donația, apoi se naște copilul.

9) A are 10 copii de care nu știe, donează, apoi se stabilește filiația pentru cei 10 copii și între timp i se mai nasc 5.

10) A nu are copil, donează, i se naște un copil dar, cu toate acestea, el dorește menținerea donației.

Am dat toate aceste exemple pentru a surprinde situațiile cele mai controversate în această materie. Răspunsurile la spețe le voi da pe parcursul prezentării.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În această a treia treaptă vom studia istoria normei de drept. Vom realiza acest studiu în sens invers cronologic.

Astfel, din anul 2004 până în 1865 se aplică actuala reglementare din C. civ., articole pe care le-am prezentat la treapta I.

În Legiuirea Caragea care s-a aplicat în Țara Românească începând cu 1818, în partea a IV-a intitulată „Pentru daruri”, găsim următoarea reglementare: (art. 6) „După ce sa va da darul, nu sa mai cere înapoi, afara numai:

a) De va fi dat darul cu legătură și cel ce l-au luat nu va urma legătorii (corespondentul revocării donației pentru neîndeplinirea sarcinii, n.n.);

b) De va necinsti priimitoriul darului pre dăruitor sau de-l va păgubi sau de va cugeta în faptă rău asupra-i sau de va da jalbă asupra-i cu pâră nedreaptă” (corespondentul revocării donației pentru ingratitudine, n.n.).

Observăm așadar că nu există nici o referire la revocarea „darului” (donației) pentru surveniență de copil.

În schimb, în Codul Calimach din Moldova de la 1817 în art. 1287 se stipulează următoarele: „Dacă dăruitorul ce n-are copii după facerea dăruirilor va naște copii, atunci se aplicarisește în această întâmplare regula așazată la art. 1283”. În art. 1283 se arată ca dăruitorul nu poate face daruri peste jumătatea averii sale. După cum observăm, revocarea în acest caz are efecte mai restrânse, depinzând de valoarea donației.

În Pravilniceasca Condică nu există nici un fel de referire la revocarea donației pentru surveniență de copil.

O ultimă sursă pe care am descoperit-o pe firul istoric este din anul 355 d. Hr. și face parte din Codul lui Justinian. Astfel, chiar dacă donația era un pact legitim irevocabil, în dreptul roman au fost prevăzute cazuri exprese și limitative de revocare a acesteia, printre care se număra și situația când donatorului (care și-a gratificat cu acte de binefacere libertul) i s-a născut un copil în familia legitimă (copil cu vocație succesorală).

QUARTUM COMPARABO

Voi începe aceasta treaptă cu prezentarea textului matricial din C. civ. napoleonian.

În C. civ. francez revocarea donației se poate face în aceleași 3 cazuri ca și în legislația noastră: pentru neîndeplinirea sarcinii, pentru ingratitudine și pentru surveniență de copil (art. 953).

În materia care ne interesează, revocarea donației pentru surveniență de copil, există șapte articole: art. 960 are corespondent art. 836 de la noi, 961 este 837 din Codul nostru civil, 962 e 838, 965 e 839 și 966 e 840, fapt pentru care nu le vom mai prezenta. Legiuitorul român nu a mai reprodus în schimb, articolele 963 și 964 din C. civ. francez.

În articolul 963 C. civ. francez se arată că „Bunurile cuprinse în donația revocată de plin drept vor intra în patrimoniul donatorului, libere de orice sarcini și ipoteci pe capul donatarului, fără ca ei sa poată să rămână afectați, chiar și în mod subsidiar, de restituirea dată”.

Iar art. 964 C. civ. francez stipulează: „Donațiile astfel revocate nu vor putea fi reînnoite sau să li se dea un nou efect, nici ca urmare a morții copilului donatorului, nici prin vreun alt act confirmativ; și dacă donatorul dorește să doneze aceleași bunuri aceluiași donatar, fie înainte, fie după moartea copilului prin a cărui

naștere donația a fost revocată, el nu va putea s-o facă decât printr-o nouă dispoziție”.

E interesant de spus că, deși legiuitorul nostru nu a mai reprodus aceste două articole, doctrina le folosește fără probleme.

De asemenea, nu putem trece cu vederea faptul că, în afara acestor două articole, care nu sunt deloc amintite în Codul nostru civil, absolut toate celelalte reprezintă o traducere fidelă din franceza în română, fără nici o măsură de originalitate.

În altă ordine de idei, în Franța în ultimii ani a început o campanie de revizuire a vechiului Cod napoleonian, care nu mai corespunde realităților existente. Astfel, ministrul justiției, Dominique Perben, a demarat în iulie 2003 o reformă a aspectelor care interesează tema noastră, o revizuire a normelor privitoare la succesiuni și donații. Se dorește ca revocarea donației pentru surveniență de copil să nu mai opereze de drept, lucru care împiedică atât voința contractuală cât și buna desfășurare a circuitului civil.

Să ne aplecam acum și asupra altor legislații observând asemănările și deosebirile existente între acestea și reglementările C. civ. român.

În C. civ. grec, în art. 508 se arată că donația poate fi revocată în cazul survenienței unui copil, dar numai în cadrul unui termen de 5 ani de la încheierea contractului. De asemenea, în art. 512 se reglementează faptul că nu se revocă donațiile făcute în scopul unei datorii morale particulare sau din motive de bună cuviință.

Observăm, așadar, o restrângere a cazurilor de revocare a donațiilor pentru surveniență de copil și un termen de 5 ani în care se poate face aceasta, termenul curgând de la încheierea contractului de donație și nu de la data nașterii copilului. Așadar, dacă după 6 ani de la facerea donației donatorului i se naște un copil, donația nu se mai revocă, pe când la noi termenul este de 30 de ani de la nașterea copilului, potrivit art. 840 C. civ. român.

În C. civ. spaniol revocarea donației pentru surveniență de copil este reglementată în 3 articole, de la art. 644 la art. 646.

Donația se revocă în două cazuri: pentru surveniență de copil și pentru supraviețuirea copilului care era considerat mort la momentul donației. Și la noi în doctrină se arată că un copil dispărut este considerat inexistent, iar în cazul reapariției donația se revocă.

În dreptul spaniol donația se revocă în aceste cazuri într-un termen de 5 ani de la notificarea donatarului cu privire la situațiile apărute. În acest sistem revocarea nu se mai produce de drept, ci printr-o acțiune de revocare în justiție, acțiune care se transmite după moartea donatorului copiilor acestuia și descendenților săi.

În C. civ. maghiar, în art. 582 alin. 1 găsim următoarea reglementare: „donația se poate revoca de către donator dacă are nevoie pentru subzistența sa și astfel nu pune în pericol subzistența donatarului”, iar în alin. 4 se arată că: „Donațiile de o valoare uzuală nu sunt susceptibile de revocare”.

Observăm așadar o reglementare mai largă a revocării donației, surveniența

de copil nefiind inclusă aici.

În C. civ. elvețian, în art. 250 găsim în alin. 2 că donatorul poate revoca donația dacă situația sa financiară s-a înrăutățit foarte tare ori dacă, conform alin. 3, au apărut datorii noi de familie, destul de oneroase.

Nici în legislația elvețiană, după cum am văzut, nu găsim în mod expres reglementată revocarea donației pentru surveniență de copil. Este un text mult mai larg – surveniența de noi datorii de familie – în care desigur se poate include și apariția unui copil.

Putem observa așadar, în concluzie, că în unele legislații s-a păstrat în totalitate reglementarea C. civ. napoleonian cu privire la revocarea donației pentru surveniență de copil (e cazul C. civ. român), în altele s-a păstrat însă cu unele modificări (C. civ. grec, spaniol), iar în alte legislații aflăm reglementări mult mai largi, în care poate fi inclusă și surveniența de copil (C. civ. maghiar, elvețian).

QUINTUM COLLIGAM

Iată-ne ajunși la treapta cu numărul 5, unde vom încerca o exegeză a textului prin analiza gramaticală, contextualizare ce presupune la rândul ei cercetări pluridisciplinare și identificarea sensurilor normei, poate chiar a celui obscur. Voi începe printr-o analiză gramaticală a textului studiat.

În art. 836 C. civ. român se arată că donația se revocă dacă donatorul, în urma donațiunii, dobândește un copil. S-a pus problema care este sensul cuvântului „dobândește”.

Într-o opinie, cea a profesorului Eugeniu Safta-Romano, și copilul adoptat poate fi considerat „dobândit”, acesta fiind asimilat conform legislației în vigoare copilului din căsătorie.

Într-o altă opinie, cea a profesorului Francisc Deak, copilul adoptat nu este vizat de text. În sprijinul opiniei sale domnul profesor Deak aduce și câteva soluții din practica judiciară.

În funcție de opinia pe care o îmbrățișăm vom putea rezolva și primele două spețe pe care le-am propus. Astfel, în prima speță donația se va revoca dacă acceptăm opinia domnului Safta-Romano sau dimpotrivă nu se va revoca, dacă ne situăm pe aceeași poziție cu domnul Deak. În speța a doua, în prima opinie nu se revoca donația, nefiind îndeplinită prima condiție, ca donatorul să nu aibă un copil existent, iar în cea de-a doua opinie, copilul adoptat nefiind vizat de text înseamnă că donația se va revoca prin nașterea copilului natural.

Domnul Deak aduce ca argument în susținerea opiniei sale faptul că revocarea prin adopție ar contraveni principiului irevocabilității, adopția depinzând în principal de voința adoptatorului.

Am putea răspunde acestui argument cu speța trei, în care nașterea copilului depinde de voința donatorului, și totuși ar fi incorect ca noul născut să nu fie considerat copil dobândit în sensul art. 836.

O altă problemă care se pune aici este analiza cuvântului *existent*. Conform art. 836 pentru ca donația să poată fi revocată în urma nașterii unui copil, donatorul trebuie să nu fi avut copii sau descendenți „existenți” în timpul facerii donației.

Doctrina noastră consideră că un copil dispărut nu este existent și în cazul nașterii unui al doilea copil donația se revoca, deși conform Decretului nr. 31/1954 cel dispărut este socotit a fi în viață (art. 19).

Se consideră că prezumția de a fi în viață operează, de obicei, în favoarea copilului, dar în cazul de față ar fi în defavoarea lui. Așadar în speța 7 donația se revocă.

Aceeași problemă se pune și în cazul copilului conceput. Acesta este considerat născut conform art. 7 din Decretul nr. 31/1954, dar în cazul de față nu este în interesul său să fie considerat născut. Astfel, în speța 8 donația se revocă, chiar dacă donatorul era mai mult ca sigur că se va naște copilul.

Putem descoperi aici și un paradox al copilului conceput. Dacă avem un copil conceput în luna a VII-a să zicem, tatăl său face o donație apoi decedează în aceeași zi, iar mai apoi se naște copilul, vom avea prezumția de copil născut pentru cel conceput în momentul morții tatălui (pentru a veni la moștenire) și de copil neexistent pentru revocarea donației. Așadar, copilul nostru conceput la momentul morții tatălui este în același timp și existent și neexistent.

Să analizăm acum textul din punct de vedere sociologic și antropologic. Se pune întrebarea de ce a considerat legiuitorul român necesar să revoce donația pentru primul copil născut și nu și pentru ceilalți. Iată, în speța 5 observăm că deși situația financiară a donatorului se înrăutățește foarte tare donația nu se mai revocă. Altfel spus, primul copil este considerat mai important decât următorii. Să avem aici oare o reminiscență a dreptului de primogenitură?

Observăm, pe de altă parte, în această reglementare pe care o studiem o încercare a legiuitorului de a pune pe primul plan familia în detrimentul convenției, în detrimentul voinței de a dona (*animus donandi*). Am putea considera că acesta este și sensul obscur al reglementării: se ocrotește familia, relațiile de bunăstare în familie, în detrimentul voinței contractuale.

Din punctul de vedere al doctrinelor politice, textul are o clară viziune socială în opoziție cu cea liberală (a unui circuit civil fără prea multe piedici din partea statului).

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În această a VI-a treaptă voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi lamuri contradicțiile după metoda dialectică.

Pro-auctoritas – după cum arătam, prin reglementare se apără familia, relațiile de bunăstare și stabilitate financiară a acesteia, se ocrotește în final copilul.

Contra-auctoritas – reglementarea aduce excepții unice în legislația noastră în ceea ce privește adopția. Este singurul loc unde copilul adoptat nu este asemănat cu cel natural. Se naște, așa cum am observat, un paradox al copilului conceput, care poate fi în același timp și existent și inexistent. În cazul dispariției avem aceeași situație: copilul este considerat și în viață și neexistent.

Faptul că termenul de prescripție este de 30 de ani și curge de la nașterea copilului produce alte situații anormale. Astfel, în speța 6 donația se revocă, deși au trecut 10 ani și, mai mult, siguranța circuitului civil are foarte mult de suferit.

Revocarea de drept a donației în acest caz poate îngreuna, de asemenea, circuitul civil și nu ține cont de voința donatorului. Iată, în speța 10 donația se revocă, iar pentru a face o nouă donație trebuie urmate toate formele necesare. După cum am văzut, în Franța, anul trecut, s-a modificat această reglementare cu privire la revocarea de drept.

Sinteza – cred că am arătat destul de clar că talerele balanței în această discuție în contradictoriu se înclină pentru antiteză.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

Iată-ne ajunși și la ultima treaptă, cea de-a VII-a. Aici vom cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză, vom observa principiile generale și vom face propuneri *de lege ferenda*.

Voi începe abrupt spunând că, din punctul meu de vedere, legiuitorul român, copiind pe cel francez, a ales greșit principiul pentru această reglementare. În loc să revoce donația pentru situația financiară apărută în urma încheierii contractului, a statuat revocarea pentru surveniență de copil, deci pentru nașterea unui copil, de fapt chiar a primului copil. Această greșală de alegere a principiului a dus, consider eu, la toate inadvertențele arătate deja și, mai mult, iată, în speța 4 donația se revocă deși nu are nici o logică (situația financiară nu se schimbă). Copilul fiind născut mort sau decedat la scurt timp, revocarea nu mai are valoare.

De asemenea, în speța 9 vedem problemele care apar pentru faptul că s-a statuat ca principiul nașterea unui copil și nu situația financiară. Iată, aici, deși are 15 copii pe care este obligat să-i întrețină revocarea donației nu se produce, pe când, în cazul în care copilul moare și, deci, nu are datorii bănești în plus, revocarea se produce.

De lege ferenda propun fie abrogarea textului, care chiar și așa nu a produs prea multă practică, fie o reglementare asemănătoare cu cele din C. civ. maghiar ori elvețian, mult mai largă, în care revocarea se produce numai în cazuri imperios necesare din punct de vedere financiar pentru donator.

*
* *

*Ad utilitatem vitae omnia consilia factaque nostra dirigenda sunt*¹

¹ „Spre folosul vieții trebuie să îndreptăm toate intențiile și faptele noastre” (Tacitus, *Dialogus de oratoribus*, 5) apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 17.

INCURSIUNE ÎN LABIRINTUL PATERNITĂȚILOR

Alina-Daniela Șancu

PRIMUM DIVIDAM

În plină eră a vitezei, când singura preocupare a oamenilor tinde să fie aceea de a face cât mai multe într-un timp cât mai scurt, se întâmplă ca uneori să nu ne punem anumite întrebări, considerând că răspunsurile au fost date cu mult timp în urmă și că nu este loc pentru mai bine. Când însă răspunsurile la aceste banale întrebări sunt, sau ar trebui să fie date de lege, unii dintre noi, puțini, sper eu, mai cred că voința legiuitorului și litera legii sunt clare, imuabile, eterne, perfecte și de necontestat.

Voi îndrăzni totuși să pun în discuție un text de lege, care, deși la prima vedere pare clar și ușor de respectat, a avut o istorie contradictorie și complet diferită.

Pe cei cărora le-am trezit interesul i-aș ruga să se gândească la modul cum era percepută căsătoria acum 200 de ani, acum 100 de ani și cum este văzută ea astăzi, la rolul pe care îl joacă în societate. Mai este ea oare acea condiție *sine qua non* a întocmirii unei familii, a nașterii unui copil, a căpătării unui statut legal, și, de ce nu, a unui drept la moștenire ? Sau a devenit oare doar o modalitate de obținere a unei bucați de hârtie care poate dobândi diverse întrebuințări, la nevoie?

Și totuși, această bucată de hârtie valora mai mult decât o întreagă avere pentru un copil ai cărui părinți puteau sau nu să o posede. Ea îi determina poziția pe care urma să o aibă de-a lungul întregii sale vieți.

În zilele noastre însă, acest fapt prezintă o importanță mai redusă datorită transpunerii în marea majoritate a legislațiilor statelor lumii a principiului egalității tuturor oamenilor în fața legii. Ca o consecință a acestui principiu a apărut pe panoplia normelor juridice una care stabilește egalitatea copilului din afara căsătoriei cu cel rezultat din căsătorie.

Cum însă acestei reguli i-a trebuit mult timp pentru a ajunge acolo unde este astăzi, cu ajutorul metodei proprii hermeneuticii organice a dreptului privat comparat, voi încerca o ilustrare succintă a devenirii acestei norme de drept.

Voi aplica metodologia școlii dreptului organic, care este organizată pe șapte trepte, după cum urmează:

- *primum dividam* - în primul rând voi analiza textul juridic, voi face analiza

acestui prin:

- *lectura* – prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat;
 - *summa* – rezumatul textului.
-
- *secundum ponam casum* – în al doilea rând, voi începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, imaginară, voi identifica legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică;
 - *tertium historia regulae explorabo* – în al treilea rând, voi cerceta prima axă a investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept;
 - *quartum comparabo* – în al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare voi cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matriceal din C. civ. napoleonian, la textele similare cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept.
 - *quintum colligam* – în al cincilea rând, voi face o posibilă exegeză a textului prin :
 - *littera* – analiza gramaticală;
 - *sententia* – contextualizare, ce presupune în cadrul cercetării excursiv-exploratorii, cercetări pluridisciplinare, de drept roman, de sociologia dreptului, antropologie, psihologie juridică și filosofia normei cuprinse în text;
 - identificarea sensului teologico-filosofic și a acelor social, respectiv politic;
 - identificarea sensului obscur – *sensus* – adică al celui de-al patrulea sens.
 - *sextum opponam et quaestio* – în al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada :
 - teză – *pro auctoritas*;
 - antiteză – *contra auctoritas*;
 - sinteză – *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*.
 - *septimum queram, brocardum et de lege ferenda* – în al șaptelea rând, voi cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere de lege ferenda, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Aceasta fiind metoda, voi încerca urmărirea pașilor indicați și analizarea textului de lege ales. Acesta se regăsește în art. 63 din C. fam. și are următorul

cuprins: „copilul din afara căsătoriei a cărui filiație a fost stabilită prin recunoaștere sau hotărâre judecătorească are, față de părinte și rudele acestuia, aceeași situație ca și situația legală a unui copil din căsătorie”. Însă pentru o mai sigură atingere a scopului propus, voi face referiri și la alin. 2 al art. 54 din același cod, cu următorul cuprins: „acțiunea în tăgada paternității poate fi pornită numai de soț; moștenitorii acestuia pot continua acțiunea pornită de el”.

Textele fac parte, după cum am spus din Codul familiei, Titlul al II-lea, Secțiunile II și III, referitoare la filiația față de tată și situația legală a copilului. Problema pusă în discuție este atinsă și de art. 48 din Constituție, care, în alin. 3, statuează: „copii din afara căsătoriei sunt egali în fața legii cu cei din căsătorie”.

SECUNDUM PONAM CASUM

Al doilea pas al metodei cere prezentarea unei cazuistici reale sau eidetice referitoare la aspectele analizate. Din păcate, nu am putut găsi multe decizii ale instanțelor judecătorești în această materie. Dar referitor la problema titularului acțiunii în tăgada paternității, voi prezenta o decizie a Curții Europene a Drepturilor Omului – prin hotărârea din 27.10.1997 – Cazul Kroon și alții contra Olandei; curtea s-a pronunțat asupra problemei dacă imposibilitatea unei alte persoane decât soțul mamei de a formula acțiunea în tăgada paternității, pentru a permite astfel o recunoaștere a copilului de către tatăl său biologic, reprezintă sau nu o încălcare a art. 8 din Convenție.

În speță, Catharina Kroon s-a căsătorit cu Omar M’Hallem-Driss în 1979, căsătorie care s-a destrămat în 1980, când aceasta a pierdut contactul cu soțul său. Ulterior, a stabilit o legătură durabilă cu Ali Zerrouk, din relația acestora luând naștere fiul lor, Samir M’Hallem-Driss, în 1987. Catharina Kroon a solicitat instanțelor din Olanda să constate că soțul său nu este tatăl lui Samir și să obțină astfel recunoașterea realității biologice, dar cererea a fost respinsă.

Curtea a apreciat că s-a încălcat art. 8 din Convenție, deoarece noțiunea de „viață de familie” nu se limitează numai la relațiile bazate pe căsătorie și poate include și alte „legături de familie *de facto*, când persoanele conviețuiesc în afara căsătoriei”. De asemenea, respectul față de „viața de familie” cere ca realitatea biologică și socială să primeze asupra unei prezumții legale, care nu aduce beneficii reale cuiva.

Printr-o decizie a sa, Curtea Constituțională a respins excepția de neconstituționalitate a art. 54 alin. 2 datorită faptului că, dacă s-ar permite oricărui bărbat să răstoarne prezumția de paternitate, s-ar produce o încălcare a valorilor fundamentale promovate de art. 48 din Constituție, referitor la familie, instituție de bază a societății. Se apreciază că textul nu conduce la o discriminare, conform art. 16 din Constituție, pentru că se prevede, tot în legea fundamentală, că exercitarea unor drepturi poate fi restrânsă doar prin lege, iar C. fam. este o lege, și numai pentru ocrotirea anumitor valori, printre care se menționează morală publică.

Reclamantul nu poate invoca nici prevederile art. 26 din Constituție, pentru că cererea sa nu conduce la protecția vieții de familie, ci la disoluțiunea acesteia. Cererea reclamantului este întemeiată pe imoralitatea acțiunilor sale, pe relațiile adulterine pe care pretinde că le-a întreținut cu mama copilului.

În altă ordine de idei, să ne imaginăm contradicția care ar apărea între prevederile C. civ. român de la 1864 și cele ale Codului napoleonian, în materia naționalității. C. civ. român admitea recunoașterea prin act sub semnătură privată, în timp ce Codul francez nu admitea această posibilitate; sau, în materia conflictului de legi – o hotărâre judecătorească își poate produce efectele într-o țară, dar în alta ea nu va fi recunoscută. La fel, pot apărea contradicții și în materia succesiunilor între un copil din căsătorie și unul din afara căsătoriei, dar nerecunoscut, sau dintre doi copii naturali, dar de naționalități diferite, ce vin la moștenirea tatălui lor. Dar aceste aspecte vor fi tratate în detaliu ceva mai încolo.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

Revenind la metodologia noastră, al treilea pas ne conduce pe axa istorică a devenirii regulei de drept. În legislația românească, acest principiu al egalității copilului din afara căsătoriei este de dată relativ recentă. În trecut, copilului din afara căsătoriei nu i se recunoștea aproape nici un drept dacă nu era recunoscut sau legitimat. Funcționa atunci instituția legitimării, cunoscută încă din vechiul drept roman, care a fost eliminată din legislația noastră, deși în unele țări se bucură încă de o largă aplicabilitate.

Dacă ar fi să ne întoarcem pe axa timpului până la perioada apariției Codului Calimach, am observa că aceasta recunoștea unele drepturi în favoarea copilului conceput și legătura legitimă ce lua naștere între părinți și copii lor născuți dintr-o „legiuită însoțire”. Se făcea o distincție clară între copii legitimi sau adevărați – cei născuți din căsătorii legale și copii ilegitiimi sau neadevărați – cei născuți din căsătorii oprite. Aceștia din urmă erau, la rândul lor, împărțiți în copii incestuoși, adulterini, cu tată necunoscut, din feciorie și copii firești, născuți din legăturile de concubinaj.

Nu beneficiau de nici un drept de moștenire asupra averii tatălui lor. Se considera că, din moment ce tatăl nu-i cunoaște sau nu-i recunoaște, nici rudele acestuia nu pot fi legate prin relații de rudenie cu ei, motiv pentru care erau înlăturați de la moștenire. Făceau parte doar din familia mamei lor și doar pe aceasta puteau să o moștenească.

Legiuitorul le permitea totuși să beneficieze de alimente din partea moștenitorilor legali ai părinților lor, până la vârsta de 16 ani pentru fete și 18 pentru băieți. Singura modalitate prin care se puteau bucura de drepturile succesoriale ce li s-ar fi cuvenit potrivit nașterii lor era legitimarea prin căsătoria subsecventă a părinților.

Legiuirea Caragea trata într-un mod mai restrâns problema filiației. Fiii erau fie adevărați, fie din curvie, fie vitregi, fie buni, toți beneficiau de același statut, fără

absolut nici o diferență. Copiii nelegitimi nu puteau să-l moștenească *ab intestat* pe tatăl lor sau pe rudele acestuia, dar puteau beneficia de un drept de moștenire legală față de mama și rudele acesteia.

Observăm că, înaintea apariției C. civ. de la 1864, legislația nu era favorabilă acestor copii. În opinia profesorului Dimitrie Alexandresco – „nici o legislațiune nu este mai necompletă, mai defectuoasă și pot a zice chiar mai neumană, decât a noastră pentru acești nenorociți copii”.

În același registru poate fi inclusă și afirmația profesorului Mârzescu, apărută într-unul din articolele vremii care a stârnit ecouri largi la momentul respectiv. El spunea că „este cu neputință de a pune o linie egală cu copilul natural simplu, pe copilul adulterin sau incestuos, acest rod al desordinei și al imoralității; a cărei filiațiune este un atentat la principiile cele mai esențiale de familie și de stat”.

Iată, deci, una din consecințele abandonării atât la propriu, cât și la figurat, a intereselor acestor copii care erau părăsiți și uitați de părinții cărora le era rușine de nașterea lor. Ca un fapt relativ, în Iași se înregistrau cele mai multe nașteri de copii nelegitimi, datorită înființării, în 1852, de către Grigore Ghica a unui „institut de binefacere pentru primirea copiilor lepădați”.

Apropiindu-ne de timpurile noastre, vom observa că legiuitorul de la 1864 este tributar predecesorilor săi, păstrând inegalitatea dintre copii legitimi și cei naturali. Art. 304 (modificat printr-o Lege din 15.III.1906) se referea la copii naturali în următorii termeni – „copiii născuți sau concepuți afară din căsătoriei vor fi legitimați prin căsătoria făcută după naștere între tatăl și mama lor, când aceștia îi vor fi recunoscut fie prin actul de naștere, fie prin actul autentic anterior căsătoriei, fie prin actul chiar de căsătorie. Această regulă se aplică cu putere interpretativă a legii actuale. Copie după actul autentic de recunoaștere va fi trimisă de grefierul tribunalului unde a fost autenticat la ofițerul stării civile care a înscris nașterea copilului spre a se face mențiune pe marginea actului. Grefierul și ofițerul care vor neglija îndeplinirea acestor forme vor fi pedepsiți cu amendă până la 100 lei”.

Legiuitorul român a transpus *mot-à-mot* textul francez omolog, la care a făcut unele adăugiri de ordin administrativ, așa cum reiese din lectura art. 331 din Codul napoleonian: „Les enfant nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin pourront être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration”.

Legitimarea era actul prin care se atribuiuau copiilor născuți în afara căsătoriei drepturile alipite calității de copii legitimi. Părinții se puteau căsători chiar și în extremis, legitimarea producându-și totuși efectele. Copii adulterini și incestuoși nu puteau fi însă recunoscuți, deși în practica judiciară, ei erau asimilați copiilor naturali.

Legitimarea avea efect chiar și după moartea copilului, în sensul că descendenții lui puteau moșteni prin reprezentare. Dacă nu avea descendenți sau avea doar copii naturali, la rândul său, legitimarea nu avea afect și asupra lor (art. 305).

Legitimarea prin căsătorie avea efecte chiar dacă a fost vorba de o căsătorie putativă. Prin aplicarea acestei instituții a dreptului civil se naștea un drept de moștenire în patrimoniul copilului, atât față de mamă, cât și față de tată. Copii legitimați prin căsătoria părinților lor ce a intervenit după nașterea lor, vor avea aceleași drepturi ca și cum ar fi fost născuți din acea căsătorie, după cum se statua în art. 306.

Art. 307 interzicea cercetarea paternității. Acest fapt era în favoarea copiilor născuți într-o căsătorie legală, cărora li se aplică prezumția de paternitate, având statutul de copii legitimi, dar dintr-un alt punct de vedere nega copiilor al căror tată era altul decât soțul mamei posibilitatea de a stabili relații de rudenie cu părintele firesc. Copiii născuți în afara căsătoriei nu puteau să-și stabilească paternitatea, singura soluție rămânând legitimarea prin căsătoria părinților lor.

Exista însă o excepție de la această regulă: „ în caz de răpire, când epoca răpirii va corespunde cu cea a zămislirii copilului, răpitorul va putea fi declarat, după cererea părților interesate, părinte al copilului”.

Art. 286 prevedea însă posibilitatea soțului de a tăgădui paternitatea copilului din căsătorie, dacă dovedea că în timpul concepției a fost în imposibilitate fizică de a coabita cu soția sa, fie din „cauză de depărtare”, fie din orice alt accident. Soțul nu putea invoca însă neputința trupească și nu va putea tăgădui paternitatea copilului născut înainte de 180 de zile de la încheierea căsătoriei, dacă a știut că viitoarea lui soție este însărcinată sau dacă a recunoscut copilul în actul de naștere. Acțiunea poate fi introdusă în termen de 1 lună de la nașterea copilului, la locul nașterii, și în termen de 2 luni de la întoarcerea soțului sau de la descoperirea fraudei.

Iată deci că termenul în care poate fi introdusă acțiunea în tăgada paternității a ajuns în prezent la 6 luni de la data când tatăl a aflat de nașterea copilului, iar dacă anterior împlinirii acestui termen tatăl a fost pus sub interdicție, un nou termen curge pentru tutore de la data când acesta a aflat de nașterea copilului. Dacă acțiunea nu a fost pornită de acesta, tatăl, după ce i s-a ridicat interdicția, o poate porni înăuntrul unui nou termen de 6 luni, conform art. 54 din C. fam.

Observăm o evoluție a regulei de drept în ceea ce privește durata termenului de prescripție a acțiunii în tăgada paternității, dar, pe de altă parte, și ne referim la titularul acțiunii, ajungem la concluzia că legiuitorii de după 1864 au considerat că doar tatăl prezumat poate introduce această acțiune, iar în cazul decesului său, moștenitorii o pot continua.

Acest fapt ar putea da naștere la unele prejudicii pentru copilul care atât timp cât este considerat a fi din căsătorie, are ca tată pe soțul mamei, prin aplicarea prezumției de paternitate, dar nu-și poate stabili adevărata filiație decât după ce ar deveni copil din afara căsătoriei, ca efect al admiterii acțiunii în tăgada paternității.

QUARTUM COMPARABO

Următorul pas al metodei ne va conduce, într-o ordine aproximativ cronologică, prin mai multe legislații, pentru a observa tratarea problemei puse în discuție.

Astfel, cercetând una din primele codificări ale dreptului care au existat în istorie, cea a vestitului Hammurapi, reținem un fapt ce poate părea interesant pentru timpurile noastre: dacă din căsătorie nu au rezultat copii, soțul putea să-și ia o concubină, fără a deveni egala soției legitime, care chiar ea o putea alege, copiii născuți din această legătură de concubinaj având calitatea de copii legitimi.

În dreptul roman, concubinatul, considerat o „căsătorie inferioară”, era o uniune stabilă între două persoane de sex diferit, apărută ca o consecință a numeroaselor impedimente la căsătorie prevăzute de lege. Nu era privit defavorabil din punct de vedere moral, dar pentru că era o cale de ocolire a unor dispoziții legale, nu avea efecte juridice, copii născuți dintr-o astfel de uniune fiind socotiți nelegitimi (*vulgo concepti*). Situația juridică a copiilor născuți din concubinaj se îmbunătățește treptat, pentru că opinia publică nu privea cu ostilitate acest tip de legătură.

Între acești copii și tatăl lor nu existau legături de rudenie civilă. Față de mama lor, ei erau rude de sânge. Tatăl natural putea însă să-i adopte sau să-i numească moștenitori prin testament și să le lase ceva cu titlul de legat.

În timpul dominatului, copiii naturali nu mai pot fi adoptați de tatăl lor și nu mai pot primi legate de la el. Pe de altă parte, apare legitimarea copiilor naturali care permite părinților să-i transforme în copii legitimi. Copiii legitimați cad sub puterea tatălui lor cu toate consecințele care decurg de aici în ce privește rudenția și moștenirea.

Copiii din căsătorie trebuiau să fie recunoscuți de către tatăl lor. Dreptul de recunoaștere era un drept discreționar al lui *pater familias*. Pe aceia pe care nu-i recunoștea, tatăl îi expunea în fața unor martori. Această situație prejudicia grav copiii, fiind supuși aservirii sau chiar morții, în epoca veche.

În dreptul clasic, sunt introduse două principii, și anume:

- 1) este tată acela pe care ni-l arată căsătoria legală;
- 2) prezumția de paternitate, la nașterea căreia a avut un aport deosebit Hippocrat din Kos, conform căreia sunt copii născuți din căsătorie cei născuți după a 180-a zi de la încheierea ei, sau până la a 300-a zi de la desfacerea acesteia prin divorț, sau de la încheierea căsătoriei ca urmare a decesului ori a dispariției soțului.

Legitimarea era un mod artificial de creare a puterii părintești prin care copiii naturali erau asimilați celor legitimi. Prin această instituție se oferea tatălui natural posibilitatea de a dobândi *patria potestas* asupra copiilor lor, născuți în cadrul altor uniuni decât într-o căsătorie legitimă (*justae nuptiae*).

Legitimarea se putea realiza prin trei modalități – prin oblațiune la curia imperială, prin căsătorie subsecventă și prin rescript imperial.

În primul caz, în schimbul permisiunii recunoașterii copilului născut din concubinaj, părintele trebuia să-l înscrie pe lista decurionilor, pentru ca atunci când va fi în măsură să exercite această magistratură, să se ocupe de perceperea impozitelor. Pentru neperceperea acestora, decurionii răspundeau cu propria lor avere, deci statul a inventat această condiție față de persoanele ce trebuiau recrutate și care, în mod normal, ar fi refuzat astfel de obligații foarte oneroase.

Mai târziu, statul roman a obligat ca decurionatul să se transmită ereditar. În sarcina celui ce legitima era impusă condiția de a înzestra copilul cu 25 iugăre de pământ. Părinții care legitimau trebuiau să nu aibă copii legitimi și cel legitimat să nu fi rezultat din relații incestuoase sau adulterine. Dacă era puber, era necesar și consimțământul său.

Legitimarea prin căsătorie subsecventă a fost introdusă de împăratul Constantin, interzisă de Justin și permisă din nou de Justinian. „Crea raporturi specifice unei *justae nuptiae*, cu condiția respectării întocmai a procedurii și dispozițiilor referitoare la căsătoria legitimă, inclusiv încheierea unui *instrumentum dotale*”.

Legitimarea prin rescript imperial era utilizată în cazul imposibilității realizării unei căsătorii subsecvente, datorită predecesului sau nedemnității concubinei. Era necesar acordul copilului, dacă era puber, și lipsa copiilor legitimi ai celui ce o solicita. Cererea se adresa împăratului și rescriptul imperial se dădea în urma unor cercetări. Odată cu remiterea rescriptului imperial aprobator, puterea părintească se realiza deplin asupra celui legitimat.

În favoarea copiilor născuți din afara căsătoriei a fost reglementat dreptul la alimente. Obligația de a da alimente, care la început revenea numai tatălui, a fost extinsă asupra bunicilor după tată, cât și asupra mamei și a bunicilor după mamă. Mama naturală datora alimente copilului ei.

Codul napoleonian de la 1804 face și el distincție între copii legitimi și cei naturali. Cercetarea paternității este interzisă, cu excepția cazului în care mama a fost răpită în perioada legală de concepție. Cercetarea paternității era însă permisă în Austria, America, Elveția, Anglia, Germania, Spania, Norvegia.

La vremea când cercetarea paternității era interzisă în legislația noastră, profesorul Mârzescu nota: „mari Don Juani au fost membrii consiliului nostru de stat, de vreme ce parcă înadins s-au ferit de a reglementa pozițiunea copiilor naturali față de tatăl lor”.

Codul napoleonian prevede că un soț poate recunoaște un copil, în timpul căsătoriei, pe care l-a avut înainte cu o altă persoană. Această recunoaștere va profita însă doar după desfacerea căsătoriei și numai dacă nu sunt copii legitimi.

Codul prezenta și o recunoaștere silită, pe baza unei hotărâri judecătorești, în urma reclamației de stat din partea copilului natural. Acțiunea în tăgada paternității putea fi introdusă în 2 luni de la moartea soțului de către moștenitorii acestuia. Termenul se calcula din ziua când ar fi intrat în posesia averii bărbatului sau din epoca când ar fi atacat posibilitatea moștenirii acestei averi.

Codul admitea legitimarea prin căsătorie subsecventă, recunoașterea făcându-se

chiar prin actul de căsătorie. Nu puteau fi recunoscuți copiii adulterini sau incestuoși. Recunoașterea de către tată producea efecte doar față de el.

Cu toate acestea însă, copiii naturali recunoscuți erau în continuare diferiți de cei legitimi. În acest sens o lege din 1912 a suprimat principiul interzicerii absolute a cercetării paternității din afara căsătoriei. Aceasta era îngăduită doar pe cale judecătorească și numai în cazurile strict reglementate de lege.

Printr-o Lege din 25.III.1896, în Franța s-a atribuit copiilor naturali calitatea de moștenitori, beneficiind de un drept succesoral sporit. Astfel, în concurs cu descendenții legitimi, aveau dreptul la 1/2 din ce li s-ar fi cuvenit dacă ar fi fost legitimi, 3/4 dacă părintele decedat nu are descendenți legitimi, dar are ascendenți sau frați și surori ori descendenți ai acestora. Culegeau întreaga moștenire dacă nu existau nici descendenți și nici alți moștenitori de gradele prezentate mai sus. Erau și moștenitori rezervatari – în concurs cu copiii legitimi beneficiau de 1/2 din rezerva ce li s-ar fi cuvenit dacă ar fi fost legitimi, în concurs cu colateralii privilegiați, le reveneau 3/4 din rezerva pe care ar fi avut-o ca și copii legitimi, iar în concurs cu ceilalți, rezerva de care beneficiau era egală cu cea a copiilor legitimi.

În dreptul german, C. civ., numit „Bürgerliches Gesetzbuch” – pe scurt B.G.B., în vigoare de la 1.01.1900, stabilea legătura copilului nelegitim cu mama sa și cu familia acesteia. La rândul lui, acest copil avea condiția unui copil legitim. Față de tatăl său însă, el nu putea pretinde decât o creanță pentru alimente până la 16 ani împliniți și în funcție de condiția socială a mamei.

Această creanță era unica legătură cu tatăl său, din moment ce art. 1589 alin. 2 afirma: „un copil nelegitim și tatăl său nu sunt considerați a fi rude”. Această situație de inferioritate era în mod evident incompatibilă cu art. 6 alin. 5 din Constituție conform căruia „legislația trebuie să asigure copiilor nelegitimi, pentru dezvoltarea lor fizică și morală și pentru poziția lor în societate, aceleași condiții ca și copiilor legitimi”. Constituția din 1949 promova egalitatea tuturor în fața legii, egalitatea femeii cu bărbatul și egalitatea copiilor legitimi cu cei nelegitimi.

O lege din 1969 a abrogat art. 1589 alin. 2 și a pus copilul nelegitim la egalitate cu tatăl său. Astfel, copilul nelegitim era legat de tatăl său și de părinții acestuia printr-un liant, intra în familia acestora și devenea descendent al lor. Creanța alimentară se datora de la naștere, era reciprocă și se întindea la toate rudele în linie directă, nu era limitată în timp și nu era transmisibilă.

Copilul nelegitim beneficiază de o vocație succesorală *ab intestat*, vine la moștenirea tatălui cu același rang și cu aceleași drepturi ca și copilul legitim, face parte din prima clasă de moștenitori, ce-i îndepărtează pe cei de grad subsecvent. Este titular al rezervei, ce echivalează cu jumătate din masa succesorală.

Apropiindu-ne și mai mult de timpurile și legislațiile actuale, vom cerceta reglementări asemănătoare din țări diferite. Astfel, dreptul israelian a instituit prezumția de paternitate și a statuat transmiterea calității de evreu prin mamă. În aceste condiții, majoritatea acțiunilor în tăgada paternității sunt respinse pentru că ar putea „păta” din punct de vedere social copilul.

În Italia și Portugalia este instituită egalitatea dintre copiii din căsătorie și cei

din afara căsătoriei. În Portugalia apare totuși o prevedere inedită și anume aceea că mama poate declara în fața ofițerului de stare civilă că soțul său nu este tatăl copilului. Mama se va adresa instanței care, prin hotărârea sa, va înlătura prezumția de paternitate.

În Bulgaria, acțiunea în tăgada paternității poate fi introdusă de tată, dar și de mamă, care poate răsturna prezumția de paternitate dovedind că soțul său nu a putut concepe copilul. Termenul este de 1 an de la nașterea copilului. Este interzisă, însă, când mama a fost fertilizată în mod artificial, cu acordul soțului său.

În Ungaria, o lege din 1974, de modificare a C. fam., înlătură o prevedere anterioară, conform căreia, în lipsa unor declarații exprese, bărbatul care se căsătorește cu mama unui copil născut în afara căsătoriei devenea automat tatăl copilului.

În Austria, „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch” (ABGB), cel mai vechi dintre codurile civile încă în vigoare, instituia o prezumție de legitimitate pentru copilul născut după a 302 a zi de la desfacerea sau anularea căsătoriei mamei. De asemenea, bărbatul care a coabitat cu mama în termenul cuprins între a 302 a zi și a 180 a zi înainte de naștere este considerat tatăl copilului.

În legislația Rusiei întâlnim o prevedere inedită – femeia însărcinată, cu cel puțin 3 luni înainte de naștere, poate face o declarație, conținând numele și domiciliul presupusului tată, în fața organelor locale de înregistrare ale actelor de stare civilă. Chiar și femeia căsătorită poate face o astfel de declarație dacă ar bănuia că bărbatul înregistrat ca soț legitim nu este tatăl copilului. Tatăl presupus este informat în legătură cu declarația depusă, iar în termen de 2 săptămâni de la avizare are dreptul să intenteze acțiune împotriva declarației mamei, dovedind inexactitatea ei. Neintroducerea acțiunii echivalează cu o recunoaștere a paternității.

Legislația Greciei, printr-o reformă a relațiilor de familie din 1983, recunoaște egalitatea dintre copii legitimi și cei nelegitimi, dar recunoscuți de tatăl lor.

O mult prea scurtă incursiune în dreptul islamic ne relevă existența unor prevederi care, în mod categoric, sunt extrem de captivante din punctul de vedere al unui european. Spre exemplu, legislațiile unor țări musulmane nu recunosc instituția adopției. Dispun totuși pentru copiii aflați în situația de abandon posibilitatea de a fi încredințați unei terțe persoane până la majorat, instituție numită *kafala*, care reprezintă o tutelă sau o delegare a puterii părintești.

În privința filiației din căsătorie, se statuează că un soț nu poate nega paternitatea unui copil născut de soția sa cât timp sunt căsătoriți. Motivul unei astfel de interdicții este reprezentat de faptul că o astfel de acuzație, fără dovezi clare este considerată cea mai mare rușine, atât pentru mamă cât și pentru copil.

Dacă are însă motive serioase, „Shariah”, legea islamică, prevede posibilitatea soțului de a prezenta „cazul” unui judecător islamic, cadiu. Soții vor depune un jurământ care va fi repetat de 4-5 ori, și vor fi separați definitiv, copilul urmând să poarte numele mamei (femeia își păstrează numele de fată ca semn al independenței față de bărbat).

Un copil nu poate invoca o legătură de rudenie care nu corespunde realității. În caz contrar, va atrage asupra sa blestemul lui Allah, al îngerilor Săi și pe cel al

oamenilor. Căința sa ulterioară nu va fi acceptată, iar drept pedeapsă, îi va fi interzisă, după moarte, Grădina Raiului.

QUINTUM COLLIGAM

Al cincilea pas sugerează posibilitatea realizării unei exegeze a textului prin analiza gramaticală și prin contextualizare.

În privința art. 54 alin. 2 textul este extrem de clar, nelăsând loc la nici o altă interpretare – acțiunea în tăgada paternității poate fi pornită numai de soț; moștenitorii acestuia pot continua acțiunea începută de el.

Comparând însă art. 63 cu art. 48 alin. 3 din Constituție, încă de la o primă vedere vom descoperi diferențe între textul constituțional și cel din cod. Astfel, codul condiționează egalitatea situației copilului din afara căsătoriei cu cel din căsătorie de stabilirea filiației prin recunoaștere sau hotărâre judecătorească a acestuia din urmă, egalitatea manifestându-se doar față de părinte și rudele acestuia, în timp ce legea fundamentală nu face astfel de distincții, stabilind egalitatea copilului din căsătorie cu cel din afara căsătoriei, dar în fața legii.

Unind aceste două texte, ar rezulta egalitatea situației acestor copii doar în fața legii, statut aplicabil, de altfel, tuturor cetățenilor, și doar față de părinte și rudele acestuia. Prin extensie, ar însemna ca, în fața altor categorii de persoane, copiii din afara căsătoriei să fie priviți în mod diferit. Revenind la litera codului, un copil natural nerecunoscut are față de părintele care nu l-a recunoscut aceeași situație de inferioritate.

Totul se rezumă așadar la existența sau inexistența unei mențiuni făcute pe certificatul de naștere al copilului. Comparând această bucată de hârtie cu cea la care am făcut referire la începutul prezentării, ajungem la concluzia că schimbările survenite în text sunt doar de formă, legiuitorul lăsând fondul intact – se menține încă diferența dintre copiii naturali și cei legitimi, deși, pe toate canalele informaționale se promovează cu asiduitate egalitatea șanselor acordate cetățenilor unei națiuni.

Poate acum înțelegem de ce Napoleon spunea că „statul nu are interes ca filiațiunea copiilor naturali să fie contestată”. Să fie vorba oare doar de trecerea în penumbră a unei situații jenante din punct de vedere social? Sau apărarea preceptelor morale promovate de Biserică? Poate fi vorba din punct de vedere politic de o demagogie care ne împinge la promovarea unor idei pe care nu le susținem cu adevărat, doar pentru a intra „în rândul lumii civilizate”?

Mergând pe acest șir de idei, mi-e teamă că sensul obscur pe care l-aș putea descoperi să fie nefavorabil imaginii pe care ar trebui să o aibă un legiuitor modern. Acesta este și motivul pentru care voi trece sub tăcere propriile-mi concluzii, lăsându-vă pe dumneavoastră să vă formați o idee asupra acestui sens ascuns.

Voi prezenta însă motivația legiuitorului francez pentru instituirea acestei diferențe între copii naturali și cei legitimi. Aceasta se datorează influenței Bisericii

Catolice, potrivit cărei căsătoria are un caracter sacramental și orice uniune sexuală în afara ei este un păcat. Rezultă deci că acești copii erau considerați copii din păcat.

Motivele invocate de legiuitorul francez au fost preocuparea pentru protecția căsătoriei și a familiei legitime, grija de a evita abuzurile și scandalurile care s-au iscat altădată datorită unor procese de cercetare a filiației din afara căsătoriei. Dar scandalul rezidă tocmai în nerecunoașterea corectă a realității și în tratamentul neadecvat aplicat acestor copii, și nu în căutarea adevărului și în protecția filiației din afara căsătoriei.

Clasele aflate la putere au dorit să evite ca averile, aparținând de obicei bărbaților, să ajungă prin succesiune la copii rezultați din relații cu femei de un alt rang social și de a asigura păstrarea puterii economice a acestor clase. S-a recunoscut egalitatea acestor copii în țările unde succesiunile nu mai reprezentau o preocupare majoră.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

Al șaselea pas ne va ajuta să lămurim contradicțiile a căror existență am încercat să o evidențiem în cel de-al doilea pas, și anume cazuistica eidetică. Vorbeam atunci de diferențele dintre codul francez și cel român.

Să ne imaginăm că o femeie de naționalitate română recunoștea în Franța, prin act sub semnătură privată, un copil adulterin sau incestuos. Codul român admitea acest fel de recunoaștere, ceea ce ar fi însemnat ca respectivul copil să fie considerat român. Codul napoleonian nu admitea însă recunoașterea copiilor adulterini sau incestuoși, ceea ce ducea la considerarea acestui copil în Franța ca fiind născut din părinți necunoscuți.

În materia succesiunilor, să ne imaginăm situația în care un tată român murea, lăsând 20.000 franci în imobile, jumătate în Franța și jumătate în România, și doi copii naturali – unul român și unul francez. Ambii copii erau excluși de la moștenirea imobilelor din România, dar copilul francez putea cere în Franța suma pe care nu a primit-o în România. În concluzie, copilul francez culegea întreaga moștenire.

Revenind la reglementările actuale, problema care cred eu că se pune se referă la necesitatea existenței unei recunoașteri sau a unei hotărâri judecătorești pentru a aduce, măcar parțial, pe poziții de egalitate copilul legitim și cel natural. În aceste condiții, ar fi interesant de aflat cum poate fi obligată o persoană, care beneficiază de exercițiul drepturilor sale civile și politice conferite de convențiile și tratatele internaționale, să recunoască un copil din afara căsătoriei. Desigur, răspunsul poate părea extrem de simplu – prin acțiune în justiție. Dar cum toată lumea știe că aceste acțiuni pot dura mai mult decât pot suporta uneori titularii lor, atât din punct de vedere financiar, cât și emoțional, ce se va întâmpla dacă nici această cale nu va da rezultatele scontate?

În plus, și aici ajungem la un alt aspect care ne interesează, un copil căruia i s-

a aplicat prezumția de paternitate este considerat a fi din căsătorie. El nu-și va putea stabili adevărata filiație, decât dacă tatăl prezumat introduce acțiune în tăgada paternității, pentru că numai copilul din afara căsătoriei poate intenta acțiune în stabilirea paternității. Pot interveni aici ambiția, răzbunări, reglări de conturi între soțul înșelat care, din dorința de a-și pedepsi soția infidelă, nu-i oferă copilului acesteia posibilitatea de a beneficia de urmările stabilirii filiației sale reale, și iată cum, ca de obicei, copiii au de pierdut.

Dar dacă titulari ai acțiunii în tăgada paternității ar fi și alte persoane în afară de soț, situația ar putea fi mai puțin complicată și mai puțin păgubitoare pentru copil. Aceasta însă, doar în cazul în care considerăm că adevărul, defavorabil uneori, este de preferat unei minciuni favorabile.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

Ultimul pas al metodei cere observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor, precum și o eventuală propunere *de lege ferenda*.

Se poate observa totuși o evoluție a tratamentului aplicat copiilor naturali, cel puțin imaginară, dacă nu reală. A devenit o actualitate de necontestat scăderea numărului căsătoriilor legitime în favoarea uniunilor libere, și deci, creșterea numărului copiilor naturali, dacă ar fi să urmărim legile firești ale naturii.

În fond, cred că totul se poate rezuma la disponibilitatea fiecăruia de a fi sau nu de acord cu prezentul. Nu este vorba neapărat despre prejudecăți religioase sau sociale, ci mai mult de dorința de a înțelege și accepta că aceste diferențe legate de naștere nu ar trebui să existe într-o societate în care o persoană este considerată nevinovată până la proba contrară. Din moment ce suntem de acord, mai mult sau mai puțin, cu situația premisă, cu cauza, trebuie să acceptăm ca atare și rezultatul.

În privința propunerii *de lege ferenda*, aş aprecia într-o reglementare viitoare introducerea mai multor titulari ai acțiunii în tăgada paternității și instituirea unei adevărate egalități între copiii din căsătorie și cei din afara ei, dacă într-adevăr aceasta se dovedește, fără existența acestor fine nuanțe care dau naștere, însă, la diferențe foarte mari.

O altă propunere mai concisă nu pot face, pentru că nu am încă dreptul să emit judecăți în privința legilor viitoare, necunoscând deocamdată adevăratele probleme ale dreptului. Îmi rezerv acest drept pentru mai târziu, și îi invit pe alții să exprime puncte de vedere de valoare privind legile viitoare, eu având destul de lucru cu cele prezente.

Bibliografie

1. Valerius M. Ciucă - „Lecții de drept privat comparat”, vol. I, Ed. Fundației Axis, Iași, 2003
2. Valerius M. Ciucă - „Lecții de drept roman”, vol. I, Ed. Polirom, Iași, 1998
3. Leontin Jean Constantinesco - „Tratat de drept privat comparat”, Ed. All, București, 1997
4. Mihai Vasile Jakotă - „Dreptul roman”, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993
5. Victor Dan Zlătescu - „Drept privat comparat”, Ed. Oscar Print, 1997
6. Ștefan Cocoș - „Drept roman”, Ed. Lumina Lex, 1998
7. Vladimir Hanga - „Drept privat roman”, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1978
8. Vladimir Hanga - „Mari legiuitori ai lumii - Hammurapi, Justinian, Napoleon”, Ed. Lumina Lex, 1994
9. Tudor R. Popescu - „Dreptul familiei - Tratat”, vol. II, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1965
10. Claude Klein - „Le droit israelien”, Presses Universitaires de France, Paris, 1990
11. Michael Pédamon - „Le droit allemand”, Presses Universitaires de France, Paris, 1985
12. Codul Calimach, Ed. Academiei, R.P.R., 1958
13. Legiuirea Caragea, Ed. Academiei, R.P.R., 1955
14. Dimitrie Alexandresco - „Filiațiunea copiilor naturali în dreptul civil român”, Tipografia Lucrătorilor Români Asociați, Str. Baston, Iași, 1885
15. Constantin Nacu - „Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoleon”, Ed. Librăriei Leon Alcalay, București, 1900
16. Alfred Juvara - „Les enfants naturels en droit international privé”, Librairie de la Cour D'Appel et de l'ordre des avocats, A. Pedone-Editeur, Paris, 1898
17. Aurelian Ionașcu - „L'évolution de la législation sur la filiation naturelle” Revue Romaine des sciences sociales, 1967
18. Nicolae G. Vrăbiescu - „Condițiunea juridică a copiilor naturali în dreptul comparat”, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1928
19. Drept civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, Ed. Tipografiei Ziarului „Curierul judiciar”, 1906
20. Gaius - „Institutiunile”, Ed. Academiei R.S.R., 1982
21. Florin Ciutacu - „Codul civil român”, Ed. Teora, 2000
22. Constantin Hamangiu - „Codul civil adnotat”, vol. I, Ed. All Beck, București, 1999
23. Codul familiei, Ed. Rosseti, 2001

*

* *

*Ad neminem ante bona mens venit quam mala;
omnes preoccupati sumus¹*

¹ „Nimănui nu-i vine înaintea gândului celui bun decât gândul cel rău: toți suntem de mai înainte stăpâniți (de gândul cel rău)” (Seneca, *Epistolae*, 50, 7), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 16.

COTITATEA DISPONIBILĂ - PRAG AL VOINȚEI ?

Raluca Frunză

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, voi analiza textul juridic prin:

- *lectura*, prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat;
- *summa*, rezumatul textului;

Am ales pentru analiza noastră textul definitoriu pentru „partea disponibilă a bunurilor”. Conform trepte I să prezentăm textul din norma juridică:

Lectura: Art. 841 „Liberalitățile, fie făcute prin acte între vii, fie făcute prin testament, nu pot trece peste jumătatea bunurilor dispunătorului dacă la moarte-i lasă un copil legitim; peste o a treia parte, dacă lasă doi copii; peste a patra parte, dacă lasă trei sau mai mulți”.

Art. 842 „Sunt cuprinși în articolul precedent sub nume de copii, descendenții de orice grad”.

Summa: Legea determină partea de care omul poate să dispună prin acte cu titlu gratuit, ea determinând astfel în mod indirect rezerva succesorală.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, voi începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, imaginară, identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică. Pentru aceasta voi apela la imaginație, sperând că voi reuși să subliniez inechitatea stărnită de art. 841.

Să presupunem că X are un copil, dar testează întreaga avere lui Y, un terț care i-a oferit îngrijire de-a lungul vieții. Copilul lui X are posibilități materiale și totuși nu își dă osteneala să-și ajute părintele, în timp ce terțul Y o duce foarte greu dar îl ajută și pe X. Datorită instituției rezervei succesorale, legatul universal făcut de X în favoarea lui Y va fi nul absolut pentru jumătate din patrimoniul lui *de cujus* la cererea unicului său copil. Mă întreb: vi se pare echitabil ca în aceste condiții X să nu poată dispună liber de patrimoniul său, iar Y, care a fost unicul sprijin al lui X să nu

aibă nici o modalitate de a-și apăra interesele?

Altă ipoteza: X are 2 copii, dar la bătrânețe mai ia în grijă un al treilea copil, Z, orfan. Z este de un real ajutor pentru X, fiind cunoscut faptul că între cei doi s-a înfiripat o puternică dragoste părintească, drept pentru care X a inițiat procedura adopției. Soarta face ca X să moară înainte de finalizarea adopției, însă spre norocul lui Z există un legat universal în favoarea lui. Trebuie menționat că în scenariul nostru copiii naturali ai lui X nu au fost tocmai copiii model de care ar fi trebuit să se bucure X, ba mai mult, aceștia au plecat din țară, ducând-o chiar foarte bine pe meleaguri străine, lucru care nu s-a răsfrânt defel și asupra părintelui lor. Aflând despre isprava părintelui lor, copiii naturali se întorc în țară și anulează testamentul în privința a două treimi din patrimoniul lui *de cujus* invocând instituția rezervei succesoriale consacrate de art. 841 C. civ. Vă întreb: oare copiii naturali ai lui *de cujus* nu au profitat cumva de faptul că Z nu are calitatea de copil legitim, micșorându-i astfel cota parte din moștenire? Cu ce e Z mai prejos față de fiii naturali, care nici măcar nu s-au sinchisit să se poarte ca niște adevărați copii? Contează oare mai mult o bucată de hârtie care să ateste calitatea de copil adoptat-copil legitim, decât o viață de om? Z i-a acordat dragoste și respect lui X în timp ce adevărații săi copii au uitat de existența vreunui părinte. În loc să beneficieze de 1/2 din moștenire, cum s-ar fi întâmplat dacă ar fi fost adoptat, Z va primi doar 1/3 din masa succesorală, pentru că așa-zișii copii naturali ai lui X au profitat de rezervă, acaparând 2/3 din patrimoniul lui *de cujus* pentru simplul motiv că ei sunt copiii lui X în acte. Pare-se că prea puțin mai contează situația de fapt; mai mult valorează aparența formală.

De asemenea, s-ar putea întâmpla ca părintele a doi copii să nu fie tocmai un exemplu pentru aceștia și, la moartea sa, să instituie legatar universal al patrimoniului său pe un terț. Dacă rezerva succesorală nu ar fi fost recunoscută în sistemul nostru de drept, atunci copiii dezmoșteniți la bunul plac al părintelui, fără vreun motiv pertinent, nu ar fi avut nici un mijloc de apărare împotriva toanelor acestuia.

În mare, situații de genul celor enumerate mai sus s-ar putea întâlni în practica instanțelor, caracteristica fundamentală a cazurilor constând în echitatea discutabilă a soluțiilor oferite de C. civ. actual.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, voi cerceta prima axă a investigației comparatiste, a devenirii regulei de drept, încercând să surprind câteva momente ale axei verticale a comparațiilor noastre analitice, aceea istorică, pentru a observa eventuale e(in)voluții ale regulei de drept exprimate.

Norme privind rezerva succesorală în dreptul roman

Apariția rezervei succesoriale ca instituție în dreptul succesoral roman se leagă de organizarea familiei. Ideea care constituia axa centrală în societatea romană era cea a dreptului bazat pe putere. Astfel, familia, proprietatea, se circumscriu la

romani puterii pe care părintele o are asupra copiilor sau pe care o are cetățeanul roman asupra lucrului ce-l deține. Puterea paternă nu era creată ca o măsură de protecție a celor care se găseau în incapacitatea de a se administra sau de a se îngriji pe ei înșiși, ci avea ca scop asigurarea autorității lui *pater familias* asupra copilului. Acest lucru justifică faptul că testamentul avea putere de lege, în virtutea dreptului absolut pe care îl avea persoana de a dispune de averea sa. Legea celor 12 Table a consfințit principiul libertății absolute de a dispune cu titlu gratuit. Totuși, necesitatea de a asigura rudelor în linie dreaptă și mai ales descendenților o parte din moștenirea defunctului determină crearea de instituții juridice ce reprezintă, de fapt, corective aduse principiului proclamat de Legea celor 12 Table. Embrionul instituției rezervei succesoriale îl găsim în *heres suus*- ideea jurisconsultilor romani că există un fel de comunitate de patrimonii între părinte și copiii săi, adică aceștia sunt erezi care se moștenesc pe ei înșiși. Odată fixată această idee, este făcut primul pas în apariția unor restricții asupra dreptului de a dispune în mod absolut de averea sa în favoarea unui străin, în situația existenței unui moștenitor natural. Dacă dorea să dispună de această avere, părintele era obligat să-și exprime în mod cert intenția de a-l înlătura pe acesta de la moștenire exheredându-l, pentru că, atâta timp cât moștenitorul natural nu era dezmoștenit, el era considerat că ar avea o parte din averea părintelui.

Pentru apărarea intereselor moștenitorilor naturali s-a introdus o nouă instituție a dreptului succesoral roman: *querella inofficiosi testamenti*. Ea reprezenta o acțiune dată celor exheredați, prin care aceștia atacau testamentul considerându-l *inoficios*, iar exheredarea ca fiind neîntemeiată pe motive juste.

Legea Falcidia¹ a dispus, în scopul concilierii intereselor, ca eredelui să i se asigure o cantitate fixă și imobilă din patrimoniul testatorului, oferind certitudinea că aceasta nu va fi atinsă de dispozițiile defunctului. Patrimoniul celui ce dispunea era împărțit în două părți distinct delimitate: o a patra parte - *quarta legitima* - era rezervată exclusiv eredelui de care nu putea fi privat prin nici o faptă a testatorului și restul care forma partea disponibilă a testatorului de care putea dispune în mod absolut, fără teama ca dispozițiile făcute în această limită să poată fi anulate.

Reformatorul dreptului roman, împăratul Justinian, pune bazele dreptului civil modern, prin schimbările radicale de la anul 543, când creează o parte însemnată din ceea ce, peste șapte secole va purta denumirea integratoare Corpus Juris Civilis. Prin sistemul Novelelor, Justinian modifică regulile anterioare: prin Novela 18 mărește cantitatea legitimei la o treime din moștenire, dacă sunt un număr de 4 copii moștenitori sau mai puțini; în cazul în care numărul copiilor era mai mare

¹ Legea Falcidia a succedat Legii Furia și Legii Voconia prin care se aduceau restricții libertății de a dispune de avere în mod absolut. Legea Furia dispunea ca nimeni să nu poată primi un legat mai mare de o mie de ași. Această dispoziție putea fi eludată prin efectuarea mai multor legate. Legea Voconia dispunea ca testatorul să nu lase unui legatar mai mult decât ar rămâne eredelui însuși, normă care putea fi eludată prin dispunerea în favoarea a numeroși legatari, porțiunea eredelui micșorându-se în mod implicit.

de 4, *quarta legitima* ajungea la o jumătate din moștenire.

Norme privind rezerva succesorală în vechiul drept românesc

Codul Calimach¹ din Moldova de la 1817 în capitolul XIV, partea a II-a, secțiunea „Despre legitimă și despre moștenire”, art. 965 delimitează categoriile de moștenitori rezervatari, adică „persoanele cărora testatorul este îndatorit de lege a le lăsa parte din averea sa, prin voința cea de pe urmă”. Același articol denumeste moștenitorul rezervatar prin termenul de „moștenitori neapărați”. În ceea ce privește rezerva, face o distincție între rezerva copiilor și cea a părinților, în sensul că cea dintâi are o mărime variabilă, în funcție de numărul copiilor ce vin la moștenire, pe când ultima era fixă. Art. 968 dispune în această privință: „legitima cuvenită fiilor, de vor fi până la patru este a treia, iară de vor fi mai mulți este de jumătate din curata avere a părinților, adică o a treia parte sau jumătate din câte li s-ar fi cuvenit fără testament”. Art. 978, oferă o listă de „pricini”, cauze pentru care un copil putea fi dezmoștenit de către părinți, dar și un număr de motive (art. 979) prin care copiii aveau voie să-i dezmoștenească pe părinți. Aceste cauze multiple pentru care descendenții și ascendenții se puteau reciproc dezmoșteni erau: neîmpărțășirea în biserica ortodoxă, vrăjmășirea vieții, bătaia, necinstirea patului, defăimarea cu sudălmi, împiedicarea prin silă și vicleșug de a face testament, dedarea la desfrâuri sau la alte necuviințe, neîngrijirea din partea părinților pentru creșterea copiilor etc.

Alt exemplu al cauzelor de dezmoștenire îl constituie Codul lui Donici², care reproduce Novele 115, capitolul 3, *Quae sunt justae exheredationis liberorum causae*. „Părinții pot depărta pre fii din moștenire pentru pricini cuviincioase, adică: când vor pune mâna asupra părinților, sau îi vor amenința cu bățul sau armă, sau îi vor lovi, sau se vor arăta asupra lor cu silnicii, sau pre alții vor îndemna spre aceasta; sau îi vor cleveti, sau îi vor batjocori cumplit, sau vor porni asupra lor pâră de vinovăție; sau când vor spurca patul părintesc cu maștiha lor, sau când se vor bolnăvi părinții și fiii nu-i vor căuta; sau când vor săraci și se vor năcăji în lipsă și fiii îi vor trece cu vederea, nevrând să-i ajute; sau când vor cădea la închisoare și fiii înștiințându-se de starea lor, nu se vor sârgui a-i scoate, intrând mijlocitori sau chezeși. Cam și de se va întâmpla să moară în închisoare sau în robie și se va dovedi că nici fiii, nici alte rudenii nu s-au silit a-i izbăvi, atuncea pentru răutatea lor se vor lipsi din moștenire și averea mortului se va da la visteria târgului de unde a fost mortul care avea să se cheltuiască pentru cei săraci și pentru cei robiți și pentru grijile lui sau alte miluri. Sau când fiii se vor însoți cu hoți și tâlhari spre fapte rele; sau când s-or da la vreun meșteșug urât și defăimat, sau când fiii se vor arăta nebagători de seamă

¹ În Moldova, Scarlat Calimach pune să se alcătuiască codul care îi poarta numele, promulgat în limba greacă și tradus în limba română abia în anul 1831. Codul Calimach este influențat și de reglementările Codului civil austriac de la 1811, care a reluat în bună măsură dispoziții ale Codului civil prusac de la 1794.

² Colecția rezumată și explicativă a pravilelor împărătești, publicată în Moldova sub redactarea lui Andronache Donici primul jurist român de seamă.

pravoslavniciei credințe și vor părăsi biserica și pricistania, sau când vor schimba legea, sau când vor cădea în erezuri; sau când părinții vor cădea în boala nebuniei și fiii sau rudeniile nu le vor purta de grijă, vor fi depărtați din moștenire. Iar dacă vreun om străin, milostivindu-se, îl va lua în purtarea sa de grijă și dând de știre rudeniilor lui, aceia nu vor băga de seamă, atunci moștenirea o va lua acel străin”.

Codul Caragea care s-a aplicat în Țara Românească începând cu 1818 conferă un statut identic copiilor naturali și celor legitimi, acordându-le drepturi egale la succesiunea mamei lor. Art. 33¹ arăta cine are dreptul la rezervă: dacă defunctul lasă descendenți sau ascendenți, aceștia erau puși din punct de vedere al succesiunii pe aceeași linie, în condițiile în care există un singur moștenitor, acesta trebuia să primească jumătate din succesiune, dacă erau doi, primeau două treimi, iar dacă erau trei moștenitori, trei părți.

Pravila lui Matei Basarab² dispune, de asemenea, că partea disponibilă: „o hărăzește tatăl unde-i este voie, sau unuia din feciorii lui, sau la străini, sau unde-i va fi voia; și de va vrea tatăl s’o arunce în mare, n-are nimene treabă a-l opri sau să’i ia seamă” (glava 282).

Normele privind instituirea rezervei erau imperative, astfel că nerespectarea dispozițiilor lor putea duce la anularea testamentului, lipsindu-l de efecte.

Originea rezervei succesoriale moderne

În dreptul vechi francez reglementarea rezervei se făcea în mod diferențiat, în funcție de provinciile istorice. Astfel, în regiunile din sudul Franței, unde elementul romanic era prevalent, s-a menținut concepția dreptului roman, vorbindu-se astfel de *legitima* așa cum era în dreptul roman. Ea era considerată ca o porțiune de bunuri atribuite fiecărui *legitimar*, însă în calitate de rudă, iar nu ca erede. Pentru cel care primea *legitima*, calitatea de moștenitor nu importa, însă avea dreptul să ceară reducățiunea liberalităților făcute numai prin dispoziții testamentare, atunci când primea numai o parte din *legitima*. Cel care renunța la moștenire putea fi considerat rezervatar, însă numai în situația în care el ar fi primit în timpul vieții ceva din partea defunctului conform cutumelor. *Legitima* era fixată, în marea majoritate a regiunilor, la o jumătate din moștenire.

În regiunile de drept cutumiar existente în nordul Franței, sub influența legilor popoarelor germanice, s-a evoluat spre o diversificare excesivă a reglementărilor privind moștenirea. Rolul preponderent îl aveau cutumele (așa-numitul drept statornicit) față de care dreptul roman era exclus aproape în întregime. Apare o nouă instituție numită *rezerva cutumiară* și care se referea numai la bunurile proprii, înțelegându-se, prin acestea, bunuri care intraseră în patrimoniul defunctului prin moștenire sau daruri de la rudele lui. Asupra acestor bunuri aveau

¹ „Când cel care face dietă are numai un moștenitor din jos sau din sus, atunci de predatorie se cade ca jumătate din averea lui să o lase moștenitorului. Iară când are doi, atunci se cade să lase două părți din trei, și când are trei atunci trei părți din patru și celelalte”.

² *Pravila cea Mare sau Îndreptarea legii*, tipărită în românește la Târgoviște în anul 1622.

un drept de rezervă - *rezervă cutumiară* - toate rudele din partea cărora veneau aceste bunuri. Dacă aceste rude puteau primi moștenirea și nu erau îndepărtate, veneau la moștenire, după proximitatea gradului, până la concurența a patru cinciimi. Rezerva nu putea fi atinsă de dispozițiile testamentare, însă putea fi afectată de donațiile pe care le-ar fi făcut defunctul în timpul vieții. Principiul care guverna rezerva cutumiară era *paterna paternis, materna maternis*, regulă care s-a transmis în sistemul C. civ. român prin intermediul C. civ. francez. Când nu existau descendenți din linia de unde veneau aceste bunuri, rudele aveau dreptul la o cotă de $\frac{4}{5}$ din aceste bunuri. Dacă existau descendenți, aceștia moșteneau în întregime aceste bunuri din linia de unde proveneau (fie de la tata, fie de la mama).

Reglementările Revoluției franceze în privința rezervei și a cotității disponibile se regăsesc în două legi. Într-una se prevedea astfel:

- a) cotitatea disponibilă nu putea să fie mai mare de o zecime dacă defunctul lăsa descendenți fără a avea importanță numărul lor;
- b) cotitatea disponibilă nu putea fi lăsată copiilor;
- c) dacă lăsa ascendenți sau colaterali, atunci putea dispune în favoarea unui terț de a șasea parte din moștenire.

În consecință, rezerva copiilor era de $\frac{9}{10}$ din moștenire și a ascendenților și colateralilor (în lipsa descendenților) era de $\frac{5}{6}$ din moștenire.

Ulterior, severitatea acestor dispoziții a fost diminuată prin altă lege care a dispus că se poate lăsa cotitatea disponibilă și moștenitorilor, iar în ceea ce privește rezerva, ea era $\frac{3}{4}$ dacă defunctul lăsa mai puțin de 4 copii, $\frac{1}{2}$ dacă lăsa descendenți, frați și surori și $\frac{1}{4}$ dacă moștenitorii erau veri sau nepoți de veri.

Legiuitorul Codului napoleonian a lăsat o sinteză a tuturor acestor norme, instituind ca rezervatari descendenții și ascendenții.

C. civ. român¹ a urmat întru totul reglementarea franceză cu o singură

¹ În urma Unirii de la 24 ianuarie 1859 în Principatele Române se impunea efectuarea unor demersuri pentru unificarea legislativă. Acest lucru era necesar și în materie civilă, cu atât mai mult cu cât în fostele Țări Române existau reglementări diferite. La 11 iulie 1864 Alexandru Ioan Cuza emite mesajul domnesc numărul 804 prin care invita Consiliul de Stat să inițieze lucrările pentru elaborarea proiectului de cod civil. Astfel se dispunea: „Spre acest sfârșit, va avea în vedere condica italiană ce i se va trimite la Ministerul nostru de justiție, și va extrage dintr-însa articolele ce ar fi potrivite cu trebuințele țării noastre; va formula altele pentru materii care sunt cu totul locale și pentru care nici nu vor fi dispozițiuni în acea condică, și va alcătui cu modul acesta o condică civilă cu procedura ei, la care va avea în vedere și proiectul de reorganizație judecătorească [...]”. Juriștii membri ai Consiliului de Stat au tradus mai întâi Codul civil francez, care fusese promulgat la 3 septembrie 1807, cu modificările ulterioare. Acesta va sta aproape în integralitate la baza elaborării Codului civil român care a fost pus în aplicare la 1 decembrie 1865. În consecință, majoritatea instituțiilor existente în dreptul civil român își găsesc originea în legislația civilă franceză. Este și cazul rezervei successorale a cărei reglementare constituie o sinteză a dispozițiilor din vechiul drept francez, anterior codificării, precum și așa-numitului drept revoluționar al

excepție, instituind din rândul ascendenților ca moștenitori rezervatari numai tatăl și mama. Instituția rezervei succesoriale moderne se evidențiază mult mai clar prin compararea atât cu *legitima* din dreptul roman, cât și cu rezerva cutumiară existentă în regiunile de drept cutumiar din nordul Franței. Astfel, rezerva se diferențiază de *legitima* prin următoarele aspecte:

1. Prin cei care au drept la rezervă: descendenți și ascendenți privilegiați (iar cu caracter individual și soțul supraviețuitor), în timp ce *legitima* se putea da și colateralilor în situația când aceștia erau preferați unor moștenitori nedemni.
2. Din punct de vedere al cuantumului: în dreptul modern rezerva variază în funcție de numărul de copii sau numai de existența tatălui și mamei în concurs cu copiii defunctului; *legitima* era de o pătrime. Ulterior Justinian a stabilit-o la o treime sau la o jumătate, după cum erau până la patru sau mai mulți copii.
3. Cea de-a treia diferență are în vedere existența calității de moștenitor, a vocației succesoriale utile, în sensul că putea primi rezerva acel ce este moștenitor și care nu a fost înlăturat de la succesiune sau nu a renunțat la succesiune, ceea ce nu se cerea în cazul legitimei.

Totodată, rezerva diferă de rezerva cutumiară:

- a) Rezerva cutumiară revenea tuturor celor ce erau chemați la moștenire, în timp ce la rezervă au dreptul numai descendenții, ascendenții privilegiați și soțul supraviețuitor.
- b) Rezerva succesorală se calculează asupra tuturor bunurilor existente în patrimoniul defunctului, în timp ce rezerva cutumiară nu avea ca obiect decât bunurile proprii.
- c) Rezerva cutumiară nu afecta dimensiunile donațiilor între vii efectuate de defunct, în timp ce liberalitățile ce trec peste cotitatea disponibilă și afectează rezerva succesorală sunt supuse reducțiunii.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare voi cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial din C. civ. napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum *common-law*, dreptul islamic.

Voi începe această treaptă cu prezentarea textului matricial din C. civ. napoleonian – art. 913: „Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse a son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants

Revoluției franceze de la 1789. Ca izvoare ale Codului civil francez se pot aminti dreptul roman, ordonanțele regale sau chiar dreptul canonic.

naturels”¹.

C. civ. elvețian - art. 470:

„1) Celui qui laisse des descendants, ses père et mère ou son conjoint, a la faculté de disposer pour cause de mort de ce qui excède le montant de leur réserve.

2) En dehors de ces cas, il peut disposer de toute la succession”²; art. 471: „La réserve est: 1. Pour un descendant, des trois quarts de son droit de succession; 2. Pour le père ou la mère, de la moitié; 3. Pour le conjoint survivant, de la moitié”³.

C. civ. italian - art. 536: „*Legittimari* Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi. Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi. A favore dei discendenti dei figli legittimi o naturali, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli legittimi o naturali”⁴;

- art. 537: „*Riserva a favore dei figli legittimi e naturali* Se il genitore lascia un figlio solo, legittimo o naturale, a questi è riservata la mezza del patrimonio. Se i figli sono più, è loro riservata la quota dei due terzi, da dividersi in parti uguali tra tutti i figli, legittimi e naturali”⁵.

C. civ. al Republicii Moldova

Articolul 1505. *Rezerva succesorală*

Succesorii de clasa I inapți pentru muncă au dreptul de a moșteni, independent de conținutul testamentului, cel puțin o doime cotă-parte din cota ce s-ar fi cuvenit fiecăruia în caz de succesiune legală (rezervă succesorală).

Articolul 1506. *Apariția dreptului de a pretinde cota din rezerva succesorală*

Dreptul de a pretinde cota din rezerva succesorală apare în momentul deschiderii succesiunii. Acest drept se transmite prin moștenire.

Articolul 1507. *Determinarea mărimii rezervei succesoriale*

Mărimea rezervei succesoriale se determină în funcție de întregul patrimoniu succesoral, inclusiv de averea atribuită pentru îndeplinirea legatului.

Articolul 1508. *Determinarea cotei din rezerva succesorală pentru fiecare moștenitor*

¹ „Liberalitățile, fie prin acte între vii, fie prin testament, nu vor putea depăși jumătate din bunurile dispunătorului, dacă lasă la decesul său un copil; o treime dacă lasă doi copii; un sfert dacă lasă trei sau mai mulți; nu se face distincție între copiii legitimi și cei naturali”.

² „Cel care lasă descendenți, mamă, tată sau soț supraviețuitor, are facultatea de a dispune pentru cauză de moarte de ceea ce excede rezerva succesorală. În afara acestui caz, el poate dispune liber de toată masa succesorală”.

³ „Rezerva este: pentru descendent de 3/4 din dreptul său de succesiune; pentru mamă, tată sau soț supraviețuitor de o jumătate”.

⁴ „Persoanele în favoarea cărora legea prevede o cotă de moștenire sau alte drepturi de succesiune sunt: soțul, descendenții legitimi și naturali. Fiilor legitimi le sunt asimilați cei legitimați sau adoptivi. În favoarea descendenților fiilor legitimi sau naturali care vin la moștenire în locul acestora legea rezervă aceleași drepturi care sunt le sunt rezervate fiilor legitimi sau naturali”.

⁵ „Rezerva în favoarea copiilor legitimi și naturali: când părintele are un singur copil, (legitim sau natural), acesta moștenește 1/2 din patrimoniu. Dacă sunt mai mulți, rezerva lor este de 2/3 din patrimoniu, urmând ca acesta să se împartă în mod egal la toți copii, legitimi sau naturali”.

rezervatar.

La determinarea cotei din rezerva succesorală pentru fiecare moștenitor rezervatar, se iau în considerare toți moștenitorii legali chemați la succesiune dacă nu ar fi existat testamentul. Moștenitorii testamentari nu se iau în considerare dacă ei nu sînt moștenitori legali.

Proiectul de C. civ. român

Noțiunea de rezervă succesorală. Art. 828: Rezerva succesorală este partea din patrimoniul celui care lasă moștenirea la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii, împotriva voinței defunctului manifestată prin liberalități.

Moștenitorii rezervatari. Art. 829: Sunt moștenitori rezervatari: soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați ai defunctului.

Întinderea rezervei succesorale. Art. 830: (1) Rezerva succesorală a fiecărui moștenitor rezervatar este de jumătate din cota succesorală care i s-ar fi cuvenit ca moștenitor legal.

(2) Liberalitățile făcute de defunct nu pot atinge rezerva succesorală, ci trebuie să se încadreze în cotitatea disponibilă.

Deoarece instituția rezervei succesorale sau norme asemănătoare acesteia nu apar în dreptul islamic sau în *common-law*, nu vom face nici o referire la aceste sisteme de drept.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând voi face o posibilă exegeză a textului prin:

- analiză gramaticală, *littera*;
- contextualizare, *sententia*, ce presupune, în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare;
- identificarea sensului teologico-filosofic și a acelora social, respectiv, politic;
- identificarea sensului obscur, *sensus*, adică a celui de-al patrulea sens, unul metafizic sau inițiativ.

Littera – textul supus interpretării nu ridică probleme în privința înțelegerii regulii de drept instituite prin intermediul său. Controverse au fost stârnite în literatura juridică de sintagma copil legitim care astăzi nu mai prezintă interes, deoarece nu mai există diferențe între copilul din căsătorie și din afara ei, situația juridică a acestuia fiind foarte bine stabilită de C. fam.

Sententia – din punct de vedere sociologic libertatea omului nu poate să fie absolută, el nu are numai drepturi ci și datorii de îndeplinit. Pentru a oferi un mediu propice dezvoltării relațiilor sociale trebuie protejată în primul rând familia. Prin instituirea rezervei succesorale se asigură continuitatea averii familiale în sânul acesteia, intervenția statului fiind destinată să înlăture inechitatea de ordin social pe care o conținea principiul autonomiei de voință. Autonomia de voință (*libertas sive*

voluntas) nu poate fi înțeleasă ca fiind expresia unui desăvârșit liber arbitru, ci ca libertatea pe care o condiționează și o determină viața socială pe de o parte și dispozițiile cuprinse în normele legale pe de altă parte. Rezerva poate fi calificată drept o expresie a tendințelor de socializare a dreptului, statul fiind conceput ca un arbitru în slujba justiției sociale.

Din punct de vedere politic, statul nu poate observa peisajul relațiilor sociale fără a da o reacție promptă. Astfel se justifică apariția instituției rezervei succesoriale, corectiv al libertății de dispoziție și totodată prag al acesteia. Situațiile în care *pater familias* dispunea după bunul plac de averea sa exheredând uneori la voia întâmplării au dus la limitarea acestei libertăți în ideea protejării familiei și nu în ultimul rând a păstrării patrimoniului familial cât mai intact. Acesta este sensul politico-social al regulei consfințite de art. 841 C. civ.

Pentru identificarea sensului obscur, trebuie să ne gândim la complexitatea raporturilor de putere. Întotdeauna au existat interese în păstrarea și perpetuarea puterii câștigate, fapt ce era mai ușor de realizat dacă cei mulți nu luau contact cu starea de stăpânire rezervată doar celor aleși. Datorită măririi familiilor, prospera și autoritatea lui *pater familias*; averea acestuia se mărea, deci devenea puternic pe plan social: situație deloc îmbucurătoare pentru cei care conduceau. O manieră elegantă de a știrbi influența șefilor familiilor de pe scena relațiilor sociale a fost tocmai limitarea puterii de dispoziție asupra averii sub pretextul protejării patrimoniului familial precum și al intereselor rudelor apropiate. O persoană care ar fi beneficiat de încrederea șefilor de familie și ar fi reușit să acumuleze o avere considerabilă ca urmare a legatelor instituite în favoarea sa ar fi putut răsturna raporturile de putere deja stabilite. Cei care dictau au reușit să se pună la adăpostul unei norme juridice împotriva eventualelor situații în care s-ar fi produs dezechilibrul de putere datorită testamentelor asigurându-și mijloacele legale pentru a se apăra: prin simpla invocare a rezervei, ei eliminau potențialul pericol.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada:

- teză, *pro auctoritas* ;
- antiteză, *contra auctoritas*;
- sinteză, *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*.

Teza (*pro auctoritas*): Liberalitățile, fie făcute prin acte între vii, fie făcute prin testament, nu pot trece peste jumătatea bunurilor dispunătorului dacă la moarte-i lasă un copil legitim; peste o a treia parte, dacă lasă doi copii; peste a patra parte, dacă lasă trei sau mai mulți.

Antiteză (*contra auctoritas*): Liberalitățile fie făcute prin acte între vii, fie pentru cauză de moarte pot depăși jumătatea bunurilor dispunătorului dacă la moarte-i lasă un copil legitim; peste o a treia parte, dacă lasă doi copii; peste a patra parte, dacă lasă trei sau mai mulți.

Sinteză (*dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*): liberalitățile fie făcute prin acte între vii, fie pentru cauză de moarte pot depăși jumătatea bunurilor dispunătorului dacă la moarte-i lasă un copil legitim; peste o a treia parte, dacă lasă doi copii; peste a patra parte, dacă lasă trei sau mai mulți, numai dacă există rațiuni puternice care să le justifice. În scopul asigurării guvernării principiului echității în cadrul raporturilor juridice civile, se vor institui o serie de criterii de care să se țină seama în procesul deliberativ al judecătorului.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, voi cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

De-a lungul demersului interpretativ s-au putut observa argumentele pro și contra regulii instituite de art. 841 C. civ. Drept urmare, mă voi opri asupra propunerilor *de lege ferenda*. Cu mult curaj propun abolirea instituției rezervei succesoriale, sau dacă nu, cel puțin elaborarea unor criterii obiective de care să țină cont judecătorul în momentul în care va aprecia valabilitatea dispozițiilor celui despre a cărui patrimoniu este vorba. Printre criteriile obiective, să se țină cont de situația materială a celor care au fost dezmoșteniți și care invocă rezerva succesorală, de notorietatea bunelor sau proastelor relații care au existat între testator și exheredat, de ajutorul material sau moral pe care l-a acordat cel privat de dreptul său succesoral *de cujus*-ului, de buna sau rea credință a celui care invocă rezerva. Bineînțeles că se va ține cont și de adevăratele sentimente ale *de cujus*-ului cu privire la cel în favoarea căruia a testat depășind cotitatea disponibilă. Astfel, cotitatea disponibilă va fi doar un prag de trecut în vederea realizării libertății de voință, și nu o piedică în calea realizării ei. Dacă vor fi îndeplinite anumite cerințe de echitate stabilite de legiuitor, atunci ultima dorință a „celui ce a fost” va fi respectată întru totul, nu? Iar cel care testează nu va fi nevoit să recurgă la tot felul de tertipurii juridice care să-l asigure că voința sa va fi respectată. Prin instituirea unor criteriilor obiective pentru asigurarea echității dispozițiilor testamentare circuitul juridic va fi ferit de nesiguranță.

Bibliografie

1. C. Nacu, *Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoleon*, Ed. Leon Alcalay, București, 1900
2. D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a Codului civil*, Ed. Atelierele Grafice SOCEC & CO, Societate anonimă, București, 1913
3. D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil, cuprinzând doctrina și jurisprudența până la zi, precum și maximele, aforismele, proverbele și regulile de drept cele mai cunoscute romane, franceze etc. așezate în Codul civil cu aplicarea lor la diferite materii de drept*, Ed. Atelierele Grafice SOCEC&CO, societate anonimă, București, 1913
4. Gh. Ghigeanu, *Dreptul la moștenire. Rezerva succesoră - Teorie și practică*, Editura Didactică și Pedagogică, R.A., București, 1998
5. Fr. Deak, *Tratat de drept succesor*, Ed. Universul Juridic, București, 2002

*

* *

Affirmatio est prior negatione¹

¹ „Afirmația este prioritară față de negație”. „Principiu al dialecticii scolastice conform căruia un enunț negativ nu se poate întemeia decât pe preexistența unui afirmativ”, cf. E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 18.

BUNA-CREDINȚĂ ÎN JOCUL PIEȚEI DE CAPITAL

Septimiu Panainte

*„Angrenaje ale unei mașinării, factori într-un sistem –
cât de departe suntem, o, Holderlin, de vremea când
oamenii se simțeau fii ai zeilor”
(Ernesto Sabato, Înainte de tăcere).*

Încă din antichitate statele au fost preocupate de dezvoltarea comerțului. Circulația bunurilor a dat și dă măsura unor necesități de ordin obiectiv sau subiectiv, material sau spiritual, ale oamenilor, priviți individual, sau ale unor colectivități de orice natură. Circulația bunurilor se exprimă și într-o formă modernă, elevată, din ce în ce mai abstractizată: circulația capitalului exprimat în titluri de valoare. În contextul globalizării, al internaționalizării capitalului, nu de puține ori văzut și folosit ca formă de dominație, tranzacțiile de valori mobiliare în general și tranzacțiile bursiere în special au căpătat o importanță ... capitală. Acest lucru este confirmat și de atenția deosebită acordată de state, instituții, organizații internaționale și de Uniunea Europeană reglementărilor pieței de capital [1].

Existența și dezvoltarea oricărui sistem economic modern sunt condiționate de existența și funcționarea unui sistem integrat al piețelor; acest sistem este compus piața bunurilor și serviciilor, piața financiară și piața forței de muncă. Echilibrului economic al unei țări depinde în mod esențial de corelarea acestor piețe la nivel macroeconomic.

Piața de capital, ca principală componentă a pieței financiare, apare ca fiind totalitatea instituțiilor și mecanismelor, organizate din punct de vedere legislativ și instituțional, prin care se desfășoară tranzacțiile cu valori mobiliare (engl. *capital market*, *securities market*; fr. *marché des capitaux*).

O piață de capital funcționează, producându-și efectele benefice pentru economia unei țări, numai dacă investitorii au încredere în instituțiile și mecanismele specifice acesteia. Încrederea investitorilor este efectul unui cadru legislativ stabil și eficient prin care acestora le sunt garantate accesul egal la informații cu privire la instrumentele financiare tranzacționate și protecția în cazul apariției unor comportamente ilicite. Astfel, pe de o parte, transparența operațiunilor bursiere este legată indisolubil de furnizarea continuă și corectă de informații în special de către și despre emitenții de valori mobiliare. Pe de altă parte, se pune și problema utilizării

cu bună-credință a acestor informații de către participanții la tranzacții, indiferent dacă sunt făcute publice sau urmează în mod necesar să fie divulgate publicului interesat. În același timp, participanții la piața de capital nu trebuie să fie văzuți doar ca beneficiari ai unor valori juridice imuabile - *aequitas* și *bona fides* – ci, deopotrivă, trebuie să se constituie în apărători ai acestor valori, să le promoveze prin comportamentul pe care îl adoptă atunci când tranzacționează.

În consecință, principiul transparenței, alături de cel al integrității, este fundamental în construcția cadrului legal și instituțional menit să asigure funcționarea unei piețe de capital.

În prezent, actul normativ cadru care guvernează piața de capital este Legea nr. 297/2004 [2]. Ne propunem realizarea unei hermeneutici juridice după exigențele școlii dreptului organic cu referire la norma cuprinsă în art. 245 al. 1 din această lege.

I. PRIMUM DIVIDAM

În această primă treaptă ne propunem să facem prezentarea textului juridic.

I.1. *Lectura.* Norma juridică pe care ne propunem să o analizăm în cele ce urmează exprimă ceea ce în literatura de limbă engleză este cunoscut ca *insider trading* (în SUA) sau *insider dealing* (în UK). În Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, interzicerea tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate se regăsește în art. 245 al. 1 care prevede următoarele:

Se interzice oricărei persoane care deține informații privilegiate să utilizeze respectivele informații pentru dobândirea sau înstrăinarea ori pentru intenția de dobândire sau înstrăinare, pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect, de instrumente financiare la care aceste informații se referă.

Se impune a fi subliniat că și în dreptul românesc tranzacționarea pe bază de informații privilegiate constituie infracțiune dacă fapta este săvârșită cu intenție. Pedepsa este închisoarea de la 6 luni la 5 ani sau amenda între jumătate și totalul valorii tranzacției, la care se poate adăuga și pedeapsa accesorie a interdicției temporare a desfășurării unor activități și servicii care cad sub incidența legii speciale (art. 279 din lege).

I.2. Pentru rezumatul textului (*summa*) apreciem ca semnificativă definiția formulată de judecătorul american Richard Posner: *insider trading* este „the practice by which a manager or other insider uses material information not yet disclosed to other shareholders or the outside world to make profits by trading in the firm's stock” [3].

II. SECUNDUM PONAM CASUM

În această etapă vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică; vom realiza astfel o diagnoză juridică.

II.1. În ceea ce privește practica judiciară din România se poate remarca faptul că aceasta este redusă sub aspectul cazurilor semnalate și care au atras sancțiuni efective. Cu titlu de exemplu, s-a făcut referire la faptul că, în 1999, Directorul general al BVB a anulat printr-o decizie toate tranzacțiile efectuate la 10.02.1999 având ca obiect acțiunile S.C. TERAPIA S.A. Cluj-Napoca deoarece investitorii nu avuseseră acces egal la informațiile despre adunarea generală extraordinară a acționarilor din 09.02.1999 [4].

II.2. Pe de altă parte, practica judiciară internațională, mai ales cea specifică sistemului anglo-saxon, este incomparabil mai bogată. Astfel, un caz des citat este *Chiarella vs. United States* (1980): un tipograf primește în lucru documente confidențiale din care a putut înțelege faptul că anumite companii listate la bursă urmau să fie vândute, iar altele să fie preluate [5]. S-a putut astfel deduce ce acțiuni vor beneficia de o creștere de preț și au fost cumpărate astfel de acțiuni. Speța a provocat discuții aprinse deoarece era vorba de o persoană străină de companiile care urmau să participe la tranzacții și care nu avea o obligație de fidelitate față de acționari sau obligația de a divulga informațiile de interes public, așa cum au persoanele din conducerea companiilor listate. S-a pus problema fundamentării din punct de vedere juridic a interzicerii unor astfel de tranzacții și a fost completat cadrul legislativ din SUA.

Mai recent, discuții aprinse a provocat și speța cunoscută în SUA ca „*Martha Stewart Case*”. Martha Stewart deținea câteva mii de acțiuni la compania ImClone Systems. Această companie aștepta în 2001 să primească avizul FDA (*Food and Drug Administration*) pentru un medicament contra cancerului denumit Erbitux în vederea comercializării. Familia Stewart avea un prieten în conducerea companiei ImClone (Sam Waksal) care ar fi furnizat informații confidențiale despre hotărârea FDA cu privire la medicament, înainte ca informația să fie făcută publică chiar de către autoritatea competentă. Prin urmare, în decembrie 2001, cu puțin înainte ca FDA să anunțe oficial respingerea medicamentului în cauză, Martha Stewart a vândut aproape 4000 de acțiuni ImClone la prețul de 220.000 dolari. Mai mult, Waksal a încercat să vândă și propriile acțiuni, deși regulile companiei îi interziceau acest lucru într-un asemenea context. În acest sens, el a dat ordin brokerului său să vândă, iar instanța a reținut că acesta din urmă a dedus că prețul acțiunilor va scădea și ar fi informat-o și pe Martha Stewart (în instanță nu s-a putut dovedi că Waksal ar fi informat-o direct pe Martha Stewart). Ca urmare, au fost condamnate mai multe persoane, inclusiv brokerul, la pedepse de până la 7 ani de închisoare [6].

II.3. Există și alte cazuri a căror relevare, în plan ipotetic, este utilă pentru clarificare sau argumentare:

- directorul general al unei companii listate la bursă (considerat *primary insider*) negociază și semnează un contract care va determina mărirea considerabilă a profitului companiei în anul respectiv; această situație este de natură să ducă la acordarea unor dividende mai mari și implicit la aprecierea valorii acțiunilor firmei în cauză. Această persoană inițiată cumpără acțiuni la firma la care este director înainte de a se face publică încheierea contractului și le vinde la un preț mai mare după ce valoarea acțiunilor a crescut ca urmare a divulgării informației, realizând astfel profit.

- avocatul unei firme listate la bursă (*secondary insider*) dorește să vândă acțiunile pe care le deține la firma respectivă și își sună agentul de valori mobiliare spunându-i ca în maxim 2 zile să îi vândă acțiunile la cele mai bune prețuri oferite pe piață; a doua zi află de la directorul companiei că a fost contactat de o altă companie multinațională care dorește efectuarea unui audit, probabil în ideea unei posibile preluări. În aceste condiții avocatul se răzgândește și își sună din nou brokerul spunându-i să nu vândă (*insider abstention*, în opoziție cu *insider trading* sau *insider dealing*). După o perioadă de timp se anunță public intenția de preluare, iar prețul acțiunilor crește semnificativ. Avocatul va vinde astfel acțiunile ulterior la prețuri mai mari decât cele pe care le-ar fi obținut dacă le vindea inițial.

În primul din cele două cazuri ipotetice prezentate informațiile privilegiate sunt folosite în tranzacționarea efectivă obținându-se un profit ilicit. Acest comportament intră sub incidența art. 245 analizat. Dimpotrivă, în cel de al doilea caz, informațiile privilegiate sunt folosite pentru a se opri tranzacționarea, operațiunea urmând a fi reluată după ce informațiile sunt făcute publice, pierzându-și astfel caracterul privilegiat. Se va obține astfel un profit ce poate fi considerat ilicit. Cu toate acestea, legea nu pedepsește acest tip de comportament.

III. TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

Urmează să încercăm cercetarea primei axe a investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulei de drept.

III.1. Într-o perspectivă diacronică, *insider trading* a fost inițial interzis, într-o anumită manieră, în **Legea din 1934 adoptată în SUA (*Securities Exchange Act - „SEA”*)**, ca urmare a crah-ului care a avut loc la NYSE în 1929. În analiza cauzelor și efectelor crahului s-a putut reevalua sistemul de tranzacționare în condițiile în care se generalizase participarea unui public foarte eterogen din punct de vedere al pregătirii profesionale și accesului la informații. Prin secțiunea 16 se impunea o soluție radicală: toate profiturile obținute de persoanele inițiate prin tranzacții duble de cumpărare (sau vânzare) de valori mobiliare ale companiei listate unde erau

angajați și, respectiv, vânzare (sau cumpărare), derulate ambele într-o perioadă de maximum 6 luni, să fie cedate companiei respective. S-a considerat că aceste tranzacții nu pot fi benefice și prin urmare s-a urmărit interzicerea lor totală, fără a se avea în vedere motivația sau faptul de a se fi posedat sau nu informații privilegiate [7]. S-a definit termenul de insider și s-a instituit obligația raportării listei de persoane inițiate la *Securities and Exchange Commission* („SEC”).

Ulterior, în 1942, a fost completat *Securities Exchange Act* cu **Regula 10b-5** prin care se interzice oricărei persoane să se angajeze în orice act, practică sau proces de afaceri care este de natură să fraudeze ori să înșele orice persoană, în contextul vânzării sau cumpărării oricăror valori mobiliare. Această reglementare are ca fundament obligația esențială pentru inițiat de a divulga conform procedurilor pieței informația privilegiată pe care o deține sau de a se abține de la a tranzacționa [8]. De-a lungul timpului, în SUA interdicția a fost dezvoltată prin adoptarea de noi reglementări speciale care au în vedere situații, valori mobiliare și burse diferite, iar SEC și-a extins atribuțiile în domeniul manipulării pieței de capital.

Chiar dacă mai târziu, și în Europa, țările care aveau piețe de capital dezvoltate au fost și ele preocupate de problema tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate. În acest sens, în Franța, în anul 1967, au fost adoptate reguli normative stricte. În anii 70 și în majoritatea companiilor germane au fost adoptate principii și reguli interne clare vizând activitățile de *insider trading*. Semnificative sunt eforturile Marii Britanii care a incriminat ca infracțiune *insider dealing* mai întâi în cadrul *Companies Act* (1980), apoi în *Insider Dealing Act* din 1985. Dezvoltări importante au fost realizate ulterior în 1993 (*Criminal Justice Act*) și 2001 (*Financial Services and Markets Act*).

De asemenea, trebuie subliniat că la nivel european a fost adoptată în anul 1989 Directiva nr. 592/CEE privind coordonarea reglementărilor privind tranzacțiile bazate pe informații privilegiate [9]. Ulterior, la acest nivel, preocupările pentru îmbunătățirea reglementării s-au concretizat în derularea așa-numitului *Program Lamfalussy*. Drept urmare, a fost adoptată Directiva nr. 6/2003 privind tranzacțiile cu informații privilegiate și manipularea pieței (abuzul de piață) [10].

Poate și datorită specificului pieței, o lungă perioadă de timp Japonia a evitat să impună cerința raportării tranzacțiilor realizate de persoanele inițiate. Internaționalizarea piețelor de capital a făcut ca în 1988 să se instituie clar această obligație și să se reglementeze *insider trading* [11].

În sfârșit, credem că este relevant și rolul pe care l-au avut și îl au o serie de organizații și instituții internaționale. Dintre acestea, cea mai importantă este *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO). Este de remarcat și faptul că la nivel european în anul 2001 au fost înființate *The Committee of European Securities Regulators* (CESR) și *European Securities Committee* [12].

III. 2. În dreptul românesc tranzacțiile cu informații privilegiate s-au bucurat de reglementare expresă începând cu Legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare și bursele de valori. Prin acest act normativ s-a făcut distincția între informații

confidențiale și informații privilegiate, ambele categorii fiind definite în articolul 2 [13]. După ce în art. 85 se arăta ce categorii de persoane erau considerate „inițiate” sau deținătoare de informații confidențiale [14], art. 86 prevedea că orice persoană ce se află în situația de deținător de informații confidențiale și/sau privilegiate „nu poate valorifica respectivele informații și nici să le facă publice ori să faciliteze publicarea lor în avantajul propriu sau al unor terți” (aceste fapte constituind contravenții [15]).

Ulterior, o nouă etapă în reglementarea tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate a fost parcursă prin apariția O.U.G. nr. 28/2002 privind valorile mobiliare, serviciile de investiții financiare și piețele reglementate (care a abrogat Legea nr. 52/1994). În capitolul al III-lea din acest act normativ (*Transparența pieței și egalitatea investitorilor*), secțiunea a III-a (*Interzicerea manipulării pieței și tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate*), art. 133 al. 1 prevedea că „orice deținător de informații privilegiate nu poate achiziționa sau vinde pentru sine ori pentru altul, direct sau indirect, valori mobiliare sau alte drepturi legate de acestea ale emitentului, cu privire la care deține informațiile privilegiate respective, sau să valorifice respectivele informații privilegiate în orice alt mod și nici să le transmită ori să faciliteze publicarea lor în avantajul propriu sau al unor terți și se va supune normelor de conduită prevăzute în prezenta ordonanță de urgență”. În același timp, conform art. 181, săvârșirea cu intenție a faptelor prevăzute la art. 133 constituie infracțiune. În art. 132 deținătorul de informații privilegiate este definit în mod similar Legii nr. 52/1994, iar prin informație privilegiată (art. 2 al. 1 pct. 16) se înțelegea „informații de orice natură privitoare la un emitent sau la oricare dintre valorile mobiliare emise de acesta, inaccesibile publicului ori care nu au devenit încă publice și a căror divulgare ar putea influența prețul sau alte aspecte ale operațiunilor cu valori mobiliare ale emitentului ori ale persoanelor afiliate” [16].

IV. QUARTUM COMPARABO

În acest stadiu al cercetării, metodologia școlii dreptului organic impune, pe axa orizontală a operei de comparare, să cuprindem în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial și la texte similare sau cu obiect asemănător din cadrul altor familii sau sisteme de drept.

IV.1. Într-o perspectivă comparativ-sincronică, alături de *Securities Exchange Act*, care rămâne de referință în domeniu, este de subliniat și faptul adoptării în anul 2003, la nivelul Comunităților Europene, a mai multor acte normative privind abuzul de piață. Dintre acestea, cel mai important, este Directiva Parlamentului European nr. 6/2003 privind tranzacțiile cu informații privilegiate și manipularea pieței (abuzul de piață). Având în vedere eforturile de elaborare și de implementare a acestui act normativ, atât la nivel european [17], cât și la nivelul fiecărui stat membru sau în curs de aderare, se poate considera că, astăzi, *textului matricial* pentru

insider trading se regăsește în articolului 2 din Directiva nr. 6/2003 privind abuzul de piață. Conform acestui articol, „Member States shall prohibit any person [...] who possesses inside information from using that information by acquiring or disposing of, or by trying to acquire or dispose of, for his own account or for the account of a third party, either directly or indirectly, financial instruments to which that information relates”. După cum se poate ușor observa, art. 245 al. 1 din legea română privind piața de capital constituie o traducere aproape fidelă a acestui text.

IV.2. Demersul prospectiv impune explorarea reglementărilor specifice din diferite sisteme naționale de drept. Cu titlu de exemplu vor fi relevate două acte normative străine.

În anul 2001, în dreptul englez a intrat în vigoare un act normativ adoptat în anul 2000 și care este astăzi considerat de referință: *Financial Services and Markets Act* (FSMA). Prin acesta se dezvoltă fără precedent reglementarea privitoare la *insider dealing* [18]. Spiritul acestei reglementări foarte severe, foarte amplă față de celelalte reglementări europene și chiar față de directivele europene nou adoptate, este unul permisiv sub aspectul puterilor de cercetare ale autorității specializate și, mai important, sub aspectul competențelor de apreciere ale judecătorilor bazate pe principii și valori fundamentale cum sunt buna-credință și echitatea. În plus aceste reglementări dezvoltă prevederile din partea a V-a a *Criminal Justice Act* din 1993.

În Italia a fost adoptată, în 1998, Legea 24 – *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*. Acest act normativ reglementează în art. 180 „*Abuso di informazioni privilegiate*”. Textul abordează într-o manieră sintetică problematica tranzacțiilor pe bază de informații privilegiate, comparativ cu legislația celorlalte state care au piețe bursiere dezvoltate. Oricum reglementarea italiană va trebui adaptată noilor directive în materie [19].

V. QUINTUM COLLIGAM

Urmează să facem o posibilă exegeză a textului prin:

- analiză gramaticală – *littera*;
- contextualizare – *sententia*, ce presupune, în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare, de drept roman, sociologie, antropologie, psihologie juridică și filosofia normei cuprinse în text, etc.;
- identificarea sensului teologico-filosofic și a acelor social, respectiv, politic;
- identificarea sensului obscur – *sensus* –, adică a celui de-al patrulea sens, unul metafizic sau inițiativ.

V.1. *Littera*.

V.1.1. Prezentarea contextualizată a normei vizate impune, *a ratione legis stricta*, precizarea noțiunilor esențiale (informație privilegiată, persoană care deține informații privilegiate i.e. persoană inițiată, instrumente financiare, valori mobiliare)

așa cum sunt ele definite de chiar legea română cadru.

Astfel, prin *informație privilegiată* se înțelege o informație de natură precisă care nu a fost făcută publică, care se referă în mod direct sau indirect la unul sau mai mulți emitenți ori la unul sau mai multe instrumente financiare, și care, dacă ar fi transmisă public, ar putea avea un impact semnificativ asupra prețului acelor instrumente financiare, sau asupra prețului instrumentelor financiare derivate cu care se află în legătură.

Pentru persoanele răspunzătoare de executarea ordinelor privind tranzacționarea instrumentelor financiare, informația privilegiată înseamnă, totodată, informația de natură precisă, transmisă de un client, în legătură cu ordinele sale care nu au fost încă executate, referitoare în mod direct sau indirect la unul sau mai mulți emitenți ori la unul sau mai multe instrumente financiare, informație care, dacă ar fi făcută publică, ar putea avea efecte semnificative asupra prețului respectivelor instrumente financiare sau asupra prețului instrumentelor financiare derivate cu care se află în legătură (*art. 244 al. 1 și 4 din Legea nr. 297/2004*).

Persoana inițiată. Este avută în vedere orice persoană care deține informații privilegiate: a) în calitatea sa de membru al consiliului de administrație sau al structurilor manageriale sau de supraveghere ale emitentului; b) ca urmare a deținerilor acesteia la capitalul social al emitentului; c) prin exercitarea funcției, profesiei sau a sarcinilor de serviciu; d) în mod ilegal sau fraudulos, urmare a activităților infracționale (*art. 245 al. 2*).

De asemenea, trebuie avute în vedere deopotrivă și orice alte persoane care dețin informații privilegiate, în condițiile în care respectivele persoane cunosc *sau ar fi trebuit să cunoască* faptul că acele informații sunt privilegiate (*art. 247*).

Aplicarea interdicției suportă totuși o excepție: este vorba de cazul în care persoana angajată în astfel de tranzacții avea o obligație contractuală de a dobândi sau înstrăina instrumente financiare, iar acest contract a fost încheiat înainte ca persoana respectivă să dețină informații privilegiate (*art. 245 al. 4*).

Alți termeni care interesează prezentul studiu sunt precizați în art. 2. Astfel, conform punctului 11 al acestui articol, *instrumente financiare* înseamnă: a) valori mobiliare; b) titluri de participare la organisme de plasament colectiv; c) instrumente ale pieței monetare; d) contracte *futures* financiare; e) contracte *forward* pe rata dobânzii; f) *swap*-uri pe rata dobânzii, pe curs de schimb și pe acțiuni; g) opțiuni pe orice instrument financiar prevăzut la lit. a) - d), inclusiv contracte similare cu decontare finală în fonduri; h) instrumente financiare derivate pe mărfuri; i) orice alt instrument admis la tranzacționare pe o piață reglementată.

Categorie a instrumentelor financiare, *valorile mobiliare* constau în: a) acțiuni emise de societăți comerciale și alte valori mobiliare echivalente ale acestora, negociate pe piața de capital; b) obligațiuni și alte titluri de creanță, inclusiv titlurile de stat cu scadență mai mare de 12 luni, negociabile pe piața de capital; c) orice alte titluri negociate în mod obișnuit, care dau dreptul de a achiziționa respectivele valori mobiliare prin subscriere sau schimb, dând loc la o decontare în bani, cu excepția instrumentelor de plată. (*art. 2 pct. 11 și 33 din Legea nr. 297/2004 privind piața de*

capital).

V.1.2. O analiză a termenilor și expresiilor folosite de norma vizată se impune *ab ratione legis*.

Astfel, apreciem că „deținerea de informații” de către o persoană presupune:

- *un sens material* - a deține în sensul de a poseda fizic documente tipărite sau suportul formatului electronic; este suficient să se cunoască doar caracterul privilegiat al informațiilor conținute de suportul material deținut (eventual să fie o situație în care persoana ar fi trebuit să cunoască această calitate a informațiilor în sensul art. 247 din lege), și este indiferent dacă informațiile sunt sau nu cunoscute ori prelucrate la nivel intelectual; spre exemplu, o persoană poate primi – și deci va „deține” - un mail despre care știe doar că acesta conține informații care au calitatea de a fi privilegiate; și
- *un sens intelectual* - caz în care a deține informații înseamnă a cunoaște informațiile, fără a se poseda suportul material pe care acestea sunt înregistrate (foi tipărite, dischete etc.).

Prin urmare, considerăm că intră în categoria „persoanelor care dețin informații privilegiate” persoana care deține aceste informații în oricare din cele două sensuri arătate mai sus sau în ambele modalități (deține suportul care conține informațiile și le cunoaște în esență).

Totodată, expresia „a utiliza informațiile” dezvăluie mai multe perspective:

- a utiliza suportul material care conține informațiile (e.g. rețineră suportului către o altă persoană sau (re)transmiterea unui document pe calea poștei electronice), chiar fără a se lua la cunoștință de informații, sau
- a analiza efectiv informațiile privilegiate luându-se decizii de tranzacționare în consecință (eventual recomandându-se aceasta altor persoane), independent de existența sau inexistența unui suport material sau electronic.

Trebuie analizat dacă, pentru a se putea aplica art. 245, este suficient să se știe (ori că ar fi trebuit să se știe) că informațiile dintr-un pachet material sau electronic au caracter privilegiat sau trebuie să se cunoască efectiv conținutul, substanța informațiilor. Spre exemplu, un membru al consiliului de administrație al unei companii listate lipsește de la ședința de prezentare a unui raport de audit în vederea unei preluări și primește ulterior discheta cu raportul (este evident că este vorba de informații privilegiate) sau un dosar pe care este făcută mențiunea „informații privilegiate”. Suportul informațiilor neprelucrate intelectual este transmis unei terțe persoane.

Cu privire la acest aspect, în încercarea de a delimita exact latura obiectivă, conduita prohibită, precizăm că, în mod distinct, prin art. 246 coroborat cu art. 279 din Legea nr. 297/2004, este incriminată ca infracțiune fapta oricărei persoane, subiect al interdicției prevăzute la art. 245 (deci care deține informații privilegiate) care:

- a) dezvăluie informații privilegiate oricăror altor persoane, exceptând situația în care dezvăluirea a fost făcută în exercitarea normală a activității, profesiei

sau sarcinilor de serviciu;

b) recomandă unei persoane, pe baza unor informații privilegiate, să dobândească sau să înstrăineze instrumentele financiare la care se referă acele informații.

Aceste fapte constituie infracțiuni dacă sunt săvârșite cu intenție (art. 279 din lege). Prin urmare, făptuitorul întotdeauna prevede rezultatul faptei sale și fie urmărește producerea acestuia (intenția directă), fie nu urmărește rezultatul dar îl acceptă în caz că se produce (intenția indirectă). Rezultatul nociv al dezvăluirii informațiilor privilegiate sau al recomandării efectuării de tranzacții pe baza unor asemenea informații poate consta, după caz, în încălcarea confidențialității și a încrederii acordate, nerespectarea voinței sociale, abuzarea de buna-credință a participanților la piața de capital, prejudicierea altor deținători de instrumente financiare, și, într-un plan mai general, afectarea transparenței pieței.

Se poate remarca faptul că între modalitățile concrete ale „utilizării informațiilor privilegiate” în sensul art. 245 și faptele interzise prin art. 246 există o anumită congruență, eventual o relație de tipul întreg-parte. Mai mult, relațiile sociale care se dorește a fi apărute sunt, în principiu, aceleași.

Dacă dezvăluirea de informații privilegiate (e.g. remiterea suportului care le conține) sau recomandarea verbală ori scrisă făcută unei persoane de a tranzacționa pe bază de informații privilegiate (indiferent dacă aceasta din urmă cunoaște sau nu cu certitudine că recomandarea este făcută pe baza unor asemenea informații, sau doar bănuiește ori ar trebui să cunoască aceasta ca urmare a poziției furnizorului) fac obiectul art. 246 din lege, înseamnă, având în vedere congruența relevantă, că utilizarea informațiilor în sensul art. 245 este, în concepția legiuitorului, indisolubil legată de dobândirea sau înstrăinarea de instrumente financiare, efectiv realizată și finalizată sau doar încercată, și trebuie concretizată în acte și fapte specifice procesului de tranzacționare funcțional la un anumit moment dat pe piața pe care respectivele instrumente financiare sunt cotate.

Mai mult, în cazul art. 245, se urmărește obținerea unui profit (scopul mediat), tranzacționarea de instrumente fiind modalitatea la care se apelează pentru atingerea acestui scop; în lipsa acestui scop, care se poate realiza sau nu, se poate eventual vorbi despre incidența art. 246 sau despre manipularea pieței (spre ex. dacă scopul este manipularea prețului instrumentelor financiare prin tranzacții înșelătoare, indiferent în ce fel au fost avute în vedere informațiile privilegiate). Totuși, se ridică întrebarea: este esențial să se obțină pentru sine un profit sau doar să se urmărească obținerea unui profit pentru sine, indiferent dacă se tranzacționează „pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect”? Textul în discuție (art. 245) nu impune realizarea unui profit sau producerea unui prejudiciu terților, material sau moral. Aceasta deoarece calculele sau previziunile făcute în baza informațiilor privilegiate pot să nu se confirme. Astfel, nu se pune problema consumării infracțiunii la retransacționarea cu profit a instrumentelor financiare respective.

Având în vedere cele de mai sus, conchidem că pentru a se aplica art. 245

este necesar ca rezoluția infracțională să fie efectiv urmată și exprimată în acte materiale specifice operațiunilor pe piața de capital. În acest sens ar fi suficientă emiterea unui ordin de cumpărare sau vânzare „la piață”. Prin urmare este necesar ca deținătorul de informații privilegiate să cunoască efectiv informațiile privilegiate, indiferent dacă deține și folosește și un suport material al acestora.

Revenind la art. 245, subliniem că din textul avut în vedere se degajă două ipoteze de lucru, corespunzătoare celor două categorii de comportamente prohibite care trebuie delimitate:

1. se interzice oricărei persoane care deține informații privilegiate să utilizeze respectivele informații *pentru dobândirea sau înstrăinarea* de instrumente financiare la care aceste informații se referă;

2. se interzice oricărei persoane care deține informații privilegiate să utilizeze respectivele informații *pentru intenția de dobândire sau înstrăinare* de instrumente financiare la care aceste informații se referă.

S-ar mai impune câteva clarificări cu privire la cea de a doua ipoteză. Expresia „pentru intenția” și cuvântul „intenție” sunt folosite în acest text în mod nefericit, ele fiind o traducere neinspirată a expresiilor „by trying”, „en tentant”, „intentando”, „cercando” din textul art. 2 al Directivei nr. 6/2003, citat mai sus. Deși cuvântul „intenție” pare susceptibil de a avea aici mai multe sensuri (formă a vinovăției, scop, încercare, tentativă), în realitate sensul în care trebuie înțeles este acela de scop al rezoluției infracționale (utilizarea informațiilor fără a se finaliza tranzacționarea i.e. dobândirea sau înstrăinarea). Acest scop însă nu este legat atât de latura subiectivă – intenție directă, cât de latura obiectivă întrucât trebuie exprimat, materializat într-o acțiune (e.g. emiterea unui ordin de tranzacționare – vânzare sau cumpărare, ca urmare a valorificării informațiilor privilegiate). Sensul textului directivei este acela de a interzice utilizarea de informații privilegiate prin dobândirea sau înstrăinarea de valori mobiliare ori prin încercarea de a realiza asemenea tranzacții (ca o formă de exprimare a utilizării informațiilor, deci a faptei incriminate). Deși textul nu este riguros formulat, apreciem că tentativa nu este incriminată de sine-stătător prin ipoteza a doua și, în lipsa unei prevederi exprese în acest sens, nici nu se pedepsește (fiind posibilă).

În concluzie, considerăm că legiuitorul român a vrut să reglementeze pedepsirea utilizării informațiilor privilegiate nu doar pentru luarea hotărârii („pentru intenția”) de a tranzacționa, în lipsa oricărei concretizări.

Norma juridică analizată se referă la utilizarea informațiilor privilegiate doar pentru operațiuni care presupun, *stricto sensu*, dobândirea sau înstrăinarea de instrumente financiare, adică transmiterea dreptului de proprietate. „Dobândirea” sau „înstrăinarea” nu ar putea fi interpretate în sensul de primire, respectiv transmitere, cu orice titlu a instrumentelor financiare, mai ales că, fiind vorba de o infracțiune, norma este de strictă interpretare. Or, operațiunile pe piața de capital sunt multiple și complexe, implicând nu numai tranzacții translativ de proprietate de tipul vânzării-cumpărării, ci și alte tipuri de operațiuni, care nu fac obiectul interdicției, cum ar fi garanțiile care au ca obiect valori mobiliare [20].

Relativ la expresia „instrumente financiare la care informațiile privilegiate se referă” trebuie arătat că, de regulă, informațiile se referă la instrumente financiare doar indirect. În mod direct, informațiile vizează emitentul instrumentelor financiare, activitatea și perspectivele acestuia. Relațiile privind activitatea și imaginea companiei listate pe o piață influențează direct prețul valorilor mobiliare primare emise de aceasta (în special acțiunile și obligațiunile), și, prin intermediul acestora, pe cele derivate (contractele *futures*, opțiunile pe instrumente financiare) sau instrumentele de tip sintetic (cum sunt indicii bursieri).

Prin dobândire/înstrăinare „pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect” sunt avute în vedere și situațiile în care s-ar încerca (di)simularea operațiunii interzise și ascunderea legăturii dintre deținătorul și utilizatorul informațiilor privilegiate și o persoană terță folosită sau profitul obținut („direct ori indirect” – în nume propriu sau printr-un intermediar).

V.2. Sententia (contextualizarea pluridisciplinară).

Posibile sensuri ale normei.

Din perspectiva dreptului roman, configurator al principiilor dreptului privat, textul își propune reafirmarea și revalorizarea unor constante juridice imuabile: *bona fides* și *aequitas*. Atât *societas*, cât și *venditio-emptio*, erau contracte de bună-credință, iar în *actio de fide-bona*, la epoca clasică, puterea de apreciere a judecătorului era foarte largă, urmând a fi cercetată intenția și buna-credință a părților pentru a se putea distinge *dolus malus* și celelalte vicii esențiale purtătoare de anulabilitate. În aceste contracte, angajamentul părților are valoare de lege, iar încrederea (*fides*) este element structural al acestui angajament (*dictorum conventorumque constantia* – Cicero) [21].

În planul dreptului civil, textul avut în vedere sublimează ideea dolului în convenții (*dolus malus*). Dolul va putea fi astfel regăsit atât prin raportare la contractul de vânzare-cumpărare de instrumente financiare (prin reticență), cât la contractul de societate (în acest caz, scopul „intrării în societate” este doar specularea prețului acțiunilor obiect al tranzacției). Deținătorul informațiilor privilegiate cunoaște că prețul de piață al valorilor este, înainte de divulgarea informațiilor, altul decât prețul real și se folosește de această împrejurare (*dolus dans causam contractui*). Dacă și cocontractantul său ar cunoaște esența informațiilor privilegiate nu ar încheia tranzacția.

Tranzacțiile pe bază de informații privilegiate apar și ca o aplicație specială a înșelăciunii în convenții prevăzute de art. 215 al. 3 din Codul penal („Inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane cu prilejul încheierii sau executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără această eroare, cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate”).

Sociologic, norma protectivă analizată are în vedere mai multe categorii de grupuri cu interese particulare care se manifestă pe piața de capital: emitenții, investitorii (instituționali, mici, ocazionali), grupul persoanelor inițiate etc. Fără a avea neapărat interese antagonice, în jocul pieței de capital aceste grupuri se

manifestă și au tendințe specifice unei psihologii proprii, particulare. Reglementarea analizată este, poate, „piatra unghiulară” în gestiunea intereselor emitenților și investitorilor. Interzicerea tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate vizează, printre altele, protecția investitorilor, și, în mod special, a celor care nu sunt profesioniști ai pieței de capital (și care, în consecință, sunt mai vulnerabili). Acestora li se creează și sentimentul siguranței în tranzacționare, a transparenței pieței și evitării conflictelor de interese. Efectul interdicției ar putea fi, pe de o parte, inhibarea tranzacționării pe bază de informații privilegiate și a transmiterii nelegale a acestor informații, iar pe de altă parte, exhibarea unor comportamente ale deținătorilor de capital imobilizat.

În plan politico-economic, textul exprimă o opțiune liberal-moderată, urmărindu-se, prin garantarea transparenței și integrității pieței, crearea condițiilor pentru atragerea potențialilor investitori români sau străini. Alternativa unei investiții sigure pe piața financiară conduce la redirecționarea capitalului către economia activă căreia îi permite dezvoltarea în raport de necesități și de evoluția zonei de activitate.

VI. SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În această penultimă etapă vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca a lămurii contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada:

- *teză – pro auctoritas;*
- *antiteză – contra auctoritas;*
- *sinteză – dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum.*

VI.1. Teza (*pro auctoritas*).

Libertatea de a tranzacționa nu este una absolută. Printre limitările care i se aduc se numără și interdicția pentru orice persoană care deține informații privilegiate de a utiliza respectivele informații pentru dobândirea sau înstrăinarea ori pentru intenția de dobândire sau înstrăinare de instrumente financiare la care aceste informații se referă.

Urmează să prezentăm câteva argumente în susținerea tezei. Acestea pot viza, în principiu, necesitatea instituirii interdicției, sau forma în care se prezintă aceasta. Vom avea în vedere doar prima categorie.

După cum am mai precizat mai sus efectele nocive ale dezvăluirii informațiilor privilegiate și ale efectuării de tranzacții pe baza unor asemenea informații pot fi multiple: încălcarea confidențialității și a încrederii acordate, nerespectarea a voinței sociale, abuzarea de buna-credință a participanților la piața de capital, prejudicierea altor deținători de instrumente financiare, și, într-un plan

mai general, afectarea transparenței pieței etc.

Prin reglementarea avută în vedere (art. 245) se încearcă garantarea transparenței și siguranței tranzacțiilor, promovarea principiului bunei-credințe atât în raport de contractul de societate cât și în raport de contractul de vânzare-cumpărare de instrumente financiare, evitarea prejudicierii participanților de bună-credință ca urmare a folosirii de către inițiați a funcției sau relației cu emitentul ori în cadrul unei instituții ori autorități, evitarea anularii tranzacțiilor și a prejudiciilor de imagine pentru emitent, prevenirea corupției prin vânzarea-cumpărării de informații privilegiate.

Membrii consiliului de administrație, ai structurilor manageriale sau de supraveghere ale emitentului, acționarii și colaboratorii acestuia, sunt persoane care au obligații de fidelitate față de firmă și acționari, trebuind să depună diligențe pentru a nu înșela încrederea acordată.

Interdicția este de natură să potențeze mobilizarea capitalului de către și de la investitorii mici care vor percepe piața ca fiind mai sigură atât timp cât li se garantează egalul acces la informații, deci echitatea tranzacțiilor; inițiații trebuie să-și gestioneze portofoliul de acțiuni cu bună-credință. Pe de altă parte, permiterea tranzacționării pe bază de informații privilegiate este de natură se elimine investitorii mici care nu sunt dispuși să-și asume riscurile de a contracta fără garanția transparenței. Totodată, libertatea tranzacțiilor inițiaților ar putea determina circuite informaționale între investitorii instituționali și inițiați luând astfel naștere o arenă restrânsă a celor puternici care pot investi în informație. În acest context devine mai ridicat și riscul abuzului de informații în vederea manipulării pieței de către investitorii sofisticati.

În mod corect, comportamentele incriminate nu sunt condiționate de realizarea unui profit sau producerea unui prejudiciu terților, material sau moral. Legiuitorul a avut ca premisă faptul că utilizarea informațiilor privilegiate în vederea tranzacționării de instrumente financiare la care respectivele informații se referă este *malum in se*.

VI.2. Antiteza (*contra auctoritas*).

Libertatea de a tranzacționa pe piața de capital trebuie să fie neîngrădită. Limitarea acestei libertăți poate frâna mișcarea sau plasarea eficientă a capitalului și diminua creșterea economică. Interzicerea tranzacționării pe bază de informații privilegiate creează doar o aparență de transparență a pieței și de securitate a tranzacțiilor.

În mod corelativ, argumentele în susținerea antitezei pot viza eliminarea, de principiu, a incriminării sau modificarea formei concrete în care se prezintă aceasta.

Împotriva interzicerii tranzacțiilor inițiaților s-a argumentat prin faptul că parte din natura unei economii de piață este faptul că specialiștii pot (și asta fac în mod obișnuit, cu titlu de profesie) să speculeze și să beneficieze de cunoștințele lor

de specialitate avansate, de capacitatea de analiză și sinteză care le este proprie. Permitea (neinterzicerea) acestor tranzacții și realizarea lor în mod curent ar fi de natură să aducă beneficii economice de necontestat, în principal, prin aceea că astfel prețul acțiunilor este forțat să reflecte cât mai repede cu putință toate informațiile relevante (obținându-se astfel imediat prețul real). Drept argument concret, s-a subliniat că, spre exemplu, în cazul scandalului *Enron*, dacă inițiații ar fi putut să tranzacționeze cu ignorarea momentului divulgării informațiilor negative (moment îndelung amânat), prețul acțiunilor ar fi scăzut mult mai devreme la valoarea reală, aspect care ar fi fost de natură să ducă la evitarea unei părți semnificative din pierderi și la depistarea mai rapidă a nelegalităților comise. În cazul în care „veștile sunt bune”, independent de momentul divulgării lor către public (și există interes ca această divulgare să se facă cât mai repede) și de momentul tranzacționării, din perspectiva prejudiciilor se poate vorbi cel mult de foloase nerealizate (*lucrum cessans*). Dacă însă „veștile sunt rele”, persoanele din top-management deseori încearcă să amâne cât mai mult divulgarea acestora, folosindu-se eventual de metoda zidului chinezesc (*Chinese Walls*) în contra scopului acesteia [22]. De aceea, având în vedere o distincție esențială în dreptul anglo-american - aceea între *malum in se* și *malum prohibitum*, s-a considerat că insider trading este de fapt *malum prohibitum*, nefiind un rău în sine [23].

Dintr-o altă perspectivă, permiterea tranzacțiilor inițiaților ar constitui o modalitate de recompensare a inițiaților angajați (*primaries*), mai ales dacă informațiile sunt pozitive și aceasta se poate considera că li se datorează într-o oarecare măsură. În același timp, interzicerea tranzacțiilor ar atrage după sine inhibarea deținerii de instrumente financiare de către administratorii și funcționarii unei companii listate ar duce la dezinteresarea acestora cu privire la maximizarea performanțelor lor profesionale în interesul companiei.

De asemenea, s-a apreciat că ar trebui ca, în mod liber, fiecare companie listată să decidă dacă propriilor insideri le interzice tranzacționarea pe bază de informații privilegiate. Această practică a mai fost folosită, în sensul că, prin acte interne ale firmei (coduri ale conduitei pe piață, regulamente interne etc.) sau prin clauze ale contractelor de muncă sau de colaborare, s-a interzis tranzacționarea, acest aspect fiind făcut public către participanții la piață. Prin urmare, se consideră că nu s-ar justifica caracterul general al interdicției, și că aceasta trebuie să fie o opțiune a companiei care își poate evalua și asuma riscurile neimpunerii interdicției de a fi practic considerată riscantă și eventual eliminată de pe piață. În acest caz, neexistând garanții, investitorii și-ar asuma deliberat riscul investiției.

Se mai poate considera că, oricum, legea nu poate asigura o protecție absolută împotriva efectelor acestor tranzacții. Se pune întrebarea care este diferența dintre o tranzacție a unui insider cu o zi înainte de divulgarea unor informații importante și o tranzacție efectuată cu o oră după divulgarea informațiilor respective? Din perspectiva investitorului ocazional, nesofisticat, a cărui protecție constituie unul din scopurile reglementării interdicției, răspunsul este absolut nici o diferență. Care este timpul de difuzare și asimilare a informațiilor specific unei piețe,

cine stabilește acest timp și în baza căror criterii – subiective sau obiective? Fenomenul asimilării depinde de mulți factori; având în vedere gradul de preocupare a investitorilor profesioniști, aceștia vor fi primii beneficiari ai informației divulgate. Este evident că un insider care cunoștea informația încă înainte de a fi divulgată va putea profita de acest lucru, chiar dacă nu atât de mult ca în situația în care ar fi tranzacționat înainte de divulgare.

Faptul că legea nu poate asigura o protecție absolută este subliniat și de faptul că utilizarea informațiilor privilegiate de către persoanele inițiate se poate manifesta nu numai sub forma *insider trading*, ci și sub forma abținerii de la a tranzacționa (*insider abstention*). Această din urmă situație (a se vedea *supra*, II.3) constă în utilizarea informațiilor privilegiate pentru a se opri o tranzacție în ideea unui câștig mai mare obținut prin reinițierea tranzacției după ce prețul instrumentelor financiare va crește ca urmare a divulgării „veștilor bune” și asimilării acestora de către piață. În mod evident, și în acest caz se speculează starea de inechitate provocată de faptul că persoana în cauză cunoștea aspecte importante despre care alți acționari și publicul larg nu fuseseră încă informați. Or, interdicția vizează fapta de a utiliza informațiile privilegiate *pentru a se tranzacționa efectiv, sau cu scopul de a se tranzacționa*, dar nu are în vedere și oprirea unei tranzacții. Aceasta deși, și în acest din urmă caz, profitul este obținut prin utilizarea cu rea credință a unor informații privilegiate.

Criticile împotriva reglementării pot viza și faptul că aceasta nu este cu adevărat eficientă împotriva unei practici care este pe cât de ocultă pe atât de des utilizată. Dificultatea probațiunii, durata cercetărilor, efectele negative perturbatoare ale pieței atrase de anularea unor tranzacții nelegale și, implicit, a tuturor celor succesive acestora face ca, prin chiar sancționarea încălcării, multe persoane, terți de bună credință, vizate de norma protectivă, să sufere prejudicii.

VI.3. Sinteza (*dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*).

Pluralitatea argumentelor pro și contra reglementării dezvăluie multiple perspective din care poate fi privită problema în discuție. Argumentele *pro auctoritas*, deși mai puține și mai sintetic prezentate, sunt axate pe valori fundamentale sociale și juridice (*bona fides* și *aequitas*). În antiteză se dă prevalență în special unor principii de natură utilitaristă.

În mod natural, o piață de capital în formare într-o economie nedezvoltată își pune mai puțin problema „în principiu” și își afirmă îndeosebi latura pragmatică. Evident, într-un context istoric anume, fenomenul de aculturație juridică poate avea un rol semnificativ, fie și numai în plan formal (este și cazul României în acest moment). Pe de altă parte, în cazurile țărilor cu o economie matură și o societate civilă activă, tranzacțiile pe bază de informații privilegiate au generat și generează discuții efervescente, iar interzicerea acestor tranzacții a depășit stadiul formal-normativist. În aceste cazuri scopurile sunt mai puțin „economice” și mai mult „juridice” (fără a fi totuși vorba de un antagonism decât aparent, în sens relativ).

VII. SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În sfârșit, urmează cercetarea justificărilor dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere de lege ferenda, în cadrul analizei *incursio-receptivae*, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală).

Libertatea fiecărui individ, inclusiv libertatea de a contracta, nu este una absolută, deși nu de puține ori s-a încercat absolutizarea acesteia prin prisma unor deziderate economice de eficientizare. Bunăstarea, nici cea individuală, nici cea colectivă, nu poate fi, totuși, construită abuzând de o poziție privilegiată și prin încălcarea drepturilor și intereselor legitime ale participanților la operațiunile pe piața de capital. Fetișizarea „bunăstării” înseamnă, în cele din urmă, în situația analizată, fetișizarea inechității, a inegalității și asumarea fără scrupule a unui sistem de tranzacționare sălbatic, lipsit de principii și valori, redus la o dimensiune pur mecanicistă prin eliminarea rolului protectiv pe care, măcar formal, statul prin autoritățile competente ar trebui să-l manifeste.

Tranzacțiile speculative au, din punct de vedere economic, efecte benefice majore. Printre acestea se numără mobilizarea capitalului în vederea valorificării acestuia, stimularea creativității pe piață etc. Practicarea acestor tranzacții face ca *affectio societatis* să fie redusă doar la teorie în cazul societăților de capitaluri ale căror valori sunt cotate pe piețele organizate. Aceasta nu înseamnă însă că acționarii, care pot să nu se cunoască, nu își datorează și nu trebuie să manifeste bună credință *erga omnes*.

Mai mult, persoanele care, din perspectiva dreptului comercial, sunt profesioniști ai pieței de capital trebuie să-și asume această condiție, ca atare, în sens pozitiv, științific, iar nu în sensul de a reuși eludarea unor dispoziții legale și încălcarea oricăror principii.

Chiar și realitatea inechității nereglementării interdicției comportamentului de *insider abstention* (atât timp cât *insider trading* este prohibit) este invocată nu în sensul unui efort de reglementare a acestuia ci este „deturnată” în ideea eliminării interdicției existente. Or, eliminarea unei inechități „mici” pentru a face loc uneia „mai mari” nu este tocmai o dovadă a ceea ce, în spirit romanist, înseamnă *veritas et constantia*. Pe de altă parte, există și opinia că *insider abstention* este, de fapt, doar un pericol aparent, fără a se nega că, și în acest caz, inițiatul dovedește *mala fides* [24].

În condițiile în care nu se interzice *insider trading*, riscul de manipulare este exponențial mai mare ca în cazul prohibirii acestuia. Dacă, spre exemplu, inițiatii, potențiali deținători de informații privilegiate, cumpără anumite instrumente financiare, de fapt aceștia pot intenționa să dea un semnal favorabil în sensul creșterii prețurilor (chiar în lipsa oricăror informații favorabile sau defavorabile).

Dacă ulterior aceștia vor vinde cu scopul obținerii de profit, semnalul transmis pieței va fi invers și, în consecință, este posibil ca prețul acțiunilor să scadă foarte tare fără a exista un fundament economic, obiectiv. Crahul din 1929 de la NYSE a dovedit realitatea psihologică a tendinței de a supraevalua, în jocul bursei, existența și valoarea, până la urmă relativă, a informațiilor cu privire la activele tranzacționate. Printre efectele crahului semnificativ apare faptul că societățile listate au suferit un prejudiciu mai mult de imagine, însă cei care au pierdut din punct de vedere financiar au fost investitorii deținători de valori mobiliare.

Prin urmare, chiar dacă punem în balanță fie și numai argumentele majore de natură economică (lipsa interdicției ar presupune avantajul ca prețul valorilor tranzacționate să fie unul cât mai fidel realității și dezavantajul favorizării comportamentelor manipulative) nu se poate ajunge decât la concluzia că, în principiu, trebuie să se asigure un minim de (auto)protecție.

Este adevărat că, practic, puține comportamente susceptibile de *insider trading* sunt cercetate și, sensibil mai puține, atrag sancțiuni efective de natură penală sau civilă. Nu mai puțin adevărat este că politica legislativă trebuie (re)orientată către valorificarea rapidă și deplină a normei prohibitive, către reglementarea unui sistem cât mai eficient și flexibil de depistare și sancționare a comportamentelor ilicite pe piața de capital. Dar interzicerea de principiu a tranzacțiilor bazate pe informații privilegiate trebuie să fie dincolo de orice viziune politico-economică care s-ar putea regăsi în reglementarea pieței de capital.

În fine, cu privire la art. 245 din Legea nr. 297/2004, formulăm și o propunere de lege ferenda: *„Constituie infracțiune fapta persoanei care deține informații privilegiate de a tranzacționa, pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane, direct ori indirect, cu instrumente financiare la care aceste informații se referă. Tentativa se pedepsește.”*

Cu privire la forma optimă a reglementării, trebuie ținut cont de faptul că, în realitate, este vorba de un sistem complex de norme care vizează protecția. Oricum ar arăta reglementarea, aceasta nu este în mod real eficientă dacă nu este susținută de eforturile emitenților (concretizate în aplicarea unor tehnici consacrate de autoprotecție printre care așa-numita metodă a zidului chinezesc). Se poate ajunge astfel la o completare a unei reglementări concepute în principal pe conceptul de *informație privilegiată* cu măsuri interne ale emitenților fundamentate îndeosebi pe conceptul de *persoană inițiată*.

NOTE:

- [1] "Dezvoltarea instituției proprietății, a drepturilor, a contractului și a unui sistem stabil de drept comercial au fost cruciale pentru ascensiunea Occidentului. Aceste instituții juridice au servit drept substitut al încrederii care există în chip natural în familie și neam și au constituit cadrul în care străinii au putut conlucra în firme mixte sau pe piață" (Francis Fukuyama, *Trust*).
- [2] Legea nr. 297/2004 privind piața de capital a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 571 din 29/06/2004.
- [3] Practica prin care o persoană din conducerea unei firme emitente de valori mobiliare tranzacționate pe piața de capital sau orice altă persoană inițiată folosește informații semnificative, care nu au fost încă divulgate celorlalți acționari și publicului larg, pentru a obține profit prin tranzacționarea de capital al firmei respective (apud Donald J. Boudreaux, *Insider-Trading Prohibitions Should Go out of Style*, iunie 2003, www.fff.org, trad. n.).
- [4] Horațiu Dan Dumitru, Sorin David, *Contractul de vânzare-cumpărare de valori mobiliare, încheiat în cadrul Bursei de Valori București*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 5/1999, p. 84, nota 95.
- [5] Pentru detalii a se vedea Marc I. Steinberg, *Understanding Securities Law* (ediția a doua), Matthew Bender & CO., INC., Editorial Offices, 1996 (1999 reprint), p. 267 și urm.; Marc I. Steinberg, *International Securities Law – A contemporary and comparative analysis*, Kluwer Law International, 1999, p. 105 și urm.
- [6] Pentru alte detalii a se vedea Sheldon Richman, *Martha Stewart Case: Where's the Victim?*, martie 2004, *The Fraud of Insider-Trading Law*, partea I, septembrie 2003, partea a II-a, octombrie 2003, www.fff.org.
- [7] A se vedea și Detlev F. Vagts, *Securities Regulation - An Introduction*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XIII – *Business and Private Organization*, p. 26.
- [8] *Ibidem*.
- [9] Publicată în Jurnalul Oficial L nr. 334 din 18.11.1989, p. 30 și urm.
- [10] Publicată în Jurnalul Oficial L nr. 096 din 12.04.2003, pp. 16-25, a abrogat Directiva nr. 592/CEE/1989 privind coordonarea reglementărilor privind tranzacțiile bazate pe informații privilegiate.
- [11] A se vedea Marc I. Steinberg, *International Securities Law ...*, pp. 144-148; Detlev F. Vagts, *op. cit.*, p. 26.
- [12] *The Committee of European Securities Regulators* și *European Securities Committee* au fost înființate prin Deciziile Comisiei Europene nr. 527/2001 și 528/2001, publicate în Jurnalul Oficial L nr. 191 din 13.07.2001, p. 43 și, respectiv, p. 45.
- [13] Astfel, în înțelesul Legii nr. 52/1994, *informații confidențiale* sunt informații de orice natura privitoare la un emitent sau la oricare dintre valorile mobiliare emise de acesta, inaccesibile publicului sau care nu au devenit încă publice și a căror divulgare ar putea influența prețul sau alte aspecte ale tranzacțiilor cu valori mobiliare ale emitentului sau ale societăților comerciale asociate ori ale celor în

care emitentul deține o poziție majoritară (art. 2 lit. q), iar *informații privilegiate* sunt informații de orice natură privitoare la un emitent sau la oricare din valorile mobiliare emise de acesta, care nu sunt cunoscute publicului și sunt susceptibile de a afecta decizia unui investitor rezonabil, persoanele inițiate fiind ținute a nu le divulga și nici exploata în mod direct sau indirect, personal sau prin interpuși (art. 2 lit. r).

[14] În sensul art. 85, orice persoană va fi considerată inițiată sau deținător de informații confidențiale dacă:

- a) are acces la informații: 1. ca membru al structurii de conducere sau supraveghere ori al oricărei entități similare a emitentului; 2. pe durata angajării sale de către emitent sau pe durata activității profesionale în serviciul emitentului; 3. ca investitor în valorile mobiliare ale emitentului;
- b) are acces la astfel de informații datorită unei poziții sau legături identice cu cele de la lit. a) cu o persoană juridică având ea însăși acces la astfel de informații;
- c) a obținut astfel de informații de la oricare din persoanele mai sus menționate sau prin alta modalitate.

[15] Conform art. 104, constituie contravenție (dacă nu a devenit incidentă legea penală) nerespectarea regimului stabilit prin dispozițiile legii și reglementările Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare pentru informațiile privilegiate și informațiile confidențiale (lit. g). Acest text a fost completat prin Ordonanța de urgență nr. 229/2000 pentru modificarea și completarea Legii nr. 52/1994 prin introducerea la articolul 104, după litera g, printre altele, a unei „noi” contravenții la litera l: nerespectarea de către persoana care este deținătoare de informații confidențiale și/sau privilegiate a dispozițiilor art. 86 al. 1. Ulterior însă, această ordonanță a fost abrogată prin Ordonanță de urgență nr. 27/2001 (aprobată prin Legea nr. 414/2001) și respinsă prin Legea nr. 478/2001.

[16] Pentru detalii privind O.U.G. nr. 28/2002 privind valorile mobiliare, serviciile de investiții financiare și piețele reglementate, a se vedea Mihai Banu, *Abuzul de piață în legislația românească*, în *Revista de Drept Comercial*, Ed. Lumina Lex, București, nr. 3/2004, pp. 98 – 108.

[17] Acest act normativ a fost urmat de mai multe directive de implementare: Directiva Comisiei Europene nr. 125/2003 privind prezentarea corectă a recomandărilor investiționale și divulgarea conflictelor de interese, Directiva Comisiei nr. 124/2003 privind definirea și divulgarea informațiilor privilegiate și definirea manipulării pieței, Directiva Comisiei nr. 2273/2003 privind derogările cu privire la programele buy-back și stabilizarea instrumentelor financiare, Directiva Comisiei nr. 72/2004 cu privire la practicile acceptate pe piață, definirea informațiilor privilegiate în cazul instrumentelor derivate pe mărfuri, constituirea listelor cu inițiați, notificarea tranzacțiilor managerilor și notificarea tranzacțiilor susceptibile de a constitui *insider trading*.

[18] A se vedea K. Alexander, L. Linklater, *Market abuse and insider dealing*, Londra, Butterworths, 2002 sau, un studiu mai sintetic, Kern Alexander, *Insider dealing and market abuse: the Financial Services and Markets Act 2000*, ESRC Centre for Business

Research, Cambridge University, 2001, Working Paper No. 222, <http://ideas.repec.org/p/cbr/cbrwps/wp222.html>.

- [19] Filippo Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, ediția a II-a, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pp. 341-366; Mario Bessone, *I mercati mobiliari*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 248; Renzo Costi, *Il mercato mobiliare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 257-263.
- [20] Acțiunile, obligațiunile și în general valorile mobiliare pot constitui obiectul unui contract de gaj, în condițiile legii. Este de subliniat că pe piețele reglementate sunt efectuate împrumuturi de valori mobiliare (propriu-zise, de tipul sell-buy back etc.). Acestea sunt de fapt împrumuturi de consumație în sensul art. 1577 din Codul civil și presupun transmiterea proprietății. Pentru acest motiv, considerăm că aceste tipuri de „înstrăinări” sau „dobândiri” de instrumente financiare trebuie avute în vedere în aplicarea art. 245 al. 1 din Legea nr. 297/2004.
- [21] A se vedea Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, , Editura Polirom, vol. I (1998), pp. 131-132 (*actio ex fide-bona*), vol. III (2000), pp. 799-800 (contractele de bună-credință), 829-850 (*emptio-venditio*), 865-873 (*societas*).
- [22] „Chinese walls” este o expresie care desemnează măsurile de protecție și de închiderea a circuitului informațiilor privilegiate prin „izolarea” inițiaților, în special în cadrul emitentului de instrumente financiare.
- [23] Donald J. Boudreaux, *op. cit.*, www.fff.org.
- [24] Jesse M. Fried, *Insider Abstention*, The Yale Law Journal, nr. 2, nov. 2003, vol. 113, pp. 455- 492.

*

* *

*Aggravat ille labor, quem praenia nulla sequuntur*¹

¹ „Își sporește greutatea acea muncă pe care nu o urmează nici o răsplată” (Medieval), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 19.

CONSENSUALISM VERSUS FORMALISM ÎN TRANSFERUL PROPRIETĂȚII

Ioana Iftode

În cele ce urmează voi pune în discuție principiul consensualismului, sancționat de art. 971 C. civ., respectând cele șapte trepte ale metodologiei școlii dreptului organic.

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, voi analiza textul juridic prin *lectura*, prezentarea integrală a textului și *summa*, rezumatul lui.

Lectura – „În contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului”.

Summa - textul citat reglementează dobândirea unui drept real prin convenție, consacrand principiul consensualismului, principiu conform căruia transferul dreptului de proprietate operează prin simplul consens al părților.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, voi începe cercetarea propriu-zisă prin imaginarea unor situații punctuale, care să lege abstracția textului de realitatea conflictuală juridică.

Astfel, să imaginăm că A dorește să cumpere de la B un teren de 1000 mp, în satul X, pentru a-și construi o casă. Cei doi se înțeleg și asupra prețului (2000 de euro), discută asupra ultimelor detalii ale contractului și bat palma. Fiind însă în preajma sărbătorilor, hotărâsc împreună ca plata prețului, predarea bunului și celelalte formalități impuse de lege să fie realizate în luna ianuarie a anului următor.

Un alt caz: D îi vinde lui C mașina sa Ferrari cu prețul de 150.000 euro. Contactul dintre cei doi și acordul lor a fost realizat prin discuții pe internet, astfel încât ei se înțeleg ca C să plătească prețul prin transfer bancar, iar D să predea

mașina peste o lună, când cei doi urmează să se întâlnească.

Dintre cei doi cumpărători, A și C, cine are proprietatea bunului în acest moment? Diferența de valoare a bunurilor joacă vreun rol în aplicarea normelor legale? De ce aplicăm acestor tranzacții regimuri juridice diferite?

TERTIUM, HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În această a treia etapă voi cerceta evoluția istorică a regulei de drept, urmând axa verticală a analizei comparativiste.

Dreptul roman

Vom putea observa că reglementarea actuală se deosebește fundamental de normele dreptului roman referitoare la transferului proprietății. În lumina acestora din urmă, acordul de voință al părților (*consensus*) este necesar, dar insuficient pentru dobândirea proprietății asupra unui bun. Convenția încheiată între cei doi reprezintă doar un contract de bază (fie el de vânzare-cumpărare, donație sau schimb), un *titulus* în baza căruia se naște în persoana înstrăinătorului obligația de a transfera dreptul de proprietate dobânditorului. Astfel, operațiunea de transmitere a dreptul de proprietate (*modus transferendi*) ne apare ca fiind un act subsecvent încheierii contractului între părți, de executare a unei obligații generate și asumate prin contractul de bază¹.

Principiul conform căruia proprietatea nu poate fi transferată doar prin efectul convențiilor rămâne valabil în toate epocile dreptului roman, Codul lui Justinian consacrandu-l prin următoarea formulă: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudus pactis transferentur*².

În dreptul roman existau două categorii de moduri derivate și convenționale de dobândire a proprietății: moduri formaliste (*mancipatio* și *in jure cessio*), sancționate de lege, de *jus civile*, și un mod neformalist (*traditio*), consacrat de normele dreptului pretorian.

Reglementată încă de la epoca veche a dreptului roman, *mancipațiunea* era rezervată cetățenilor romani și necetățenilor care obținuseră dreptul de a încheia acte juridice conform lui *jus commercii*. Deoarece impunea o serie de formalități greoaie (prezența a cinci martori, încheierea actului cu ajutorul balanței și a lingoului de aramă – *per aes et libram*), *mancipațiunea* a căzut în desuetudine chiar din perioada de început a Dominatului.

Cesiunea în fața magistratului judiciar (in jure cessio) consta, de fapt, în abandonarea unui bun de către înstrăinător în favoarea dobânditorului, abandonare realizată în cadrul unui proces fictiv de revendicare. Prin formula *Adico!* magistratul judiciar constata lipsa vreunei opoziții a înstrăinătorului-pârât față de afirmația

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. I, Ed. Polirom, Iași, 1998, p. 260-262.

² *Codex Justinianus*, 2.5.20 apud Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 261.

dobânditorului, conform căreia el ar fi adevăratul proprietar al bunului cedat. Transformările impuse în societatea romană de dezvoltarea relațiilor economice duc treptat la abandonarea formalismul străvechi și excesiv, ceea ce determină, la rândul său, dispariția fără urmă a instituției *in jure cessio* în perioadă postclasică a dreptului roman.

Modul neformalist de dobândire a dreptului de proprietate era *tradițiunea*. Eliminând necesitatea îndeplinirii unor operațiuni complicate, formale pentru transferul proprietății, *traditio* însemna, de fapt, remiterea efectivă a bunului înstrăinat dobânditorului de către înstrăinător. Pentru ca prin această predare să opereze transmiterea dreptului de proprietate trebuiau îndeplinite patru condiții: înstrăinătorul (*cedens*) să aibă capacitate de a efectua această operațiune, bunul și părțile contractante să fie prezente la locul și în momentul tradițiunii, să fie plătit prețul și să existe o cauză justă, adică un just titlu – un act juridic valabil și prealabil tradițiunii care să consemneze voința părților de a înstrăina, respectiv de a dobândi bunul.

Evoluția societății romane, necesitatea realizării unor acte juridice rapide și suplă au dus la abstractizarea instituției tradițiunii. În epoca clasică apar unele procedee care eludează necesitatea remiterii efective a bunului în mâna dobânditorului, fiind suficient realizarea unei predări fictive, imparate. Aceste procedee sunt: *traditio longa manu*, *traditio brevi manu*, constitutul posesor, rezerva uzufructului.

Traditio longa manu permitea tradițiunea bunurilor aflate la distanță, operând ficțiunea conform căreia mâna înstrăinătorului era atât de lungă încât poate preda în materialitatea sa bunul cedat, în pofida distanței care există între bun și înstrăinător. În cazul unei case, dobânditorul ar fi primit doar cheile clădirii, considerându-se că astfel tradițiunea a fost realizată.

Traditio brevi manu se aplica în cazul în care dobânditorul se afla deja în posesia bunului ce trebuie tradit (de exemplu, în calitate de chirieș). Pentru ca dreptul de proprietate să fie transmis, în această situație, nu era necesară o predare efectivă (care ar presupune reîntrarea în posesie a înstrăinătorului, pentru ca mai apoi acesta să îi poată preda dobânditorului), ci doar o schimbare a justului titlu în virtutea căruia dobânditorul stăpânește bunul (din chirieș în proprietar).

În cazul în care înstrăinătorul își rezerva detenția precară a bunului transmis, urmând a stăpâni pentru altul după perfectarea tradițiunii, își găsea aplicarea instituția *constitutului posesor*. În mod similar tradiției *brevi manu*, pentru ca dobânditorul să devină proprietar nu mai era nevoie de o remitere efectivă a bunului, ci doar de transformarea titlului sub care înstrăinătorul, fost proprietar, posedă bunul (acum în calitate de detentor precar).

Dacă înstrăinătorul, în loc de detenția precară a bunului, își rezerva uzufructul acestuia (făcându-se astfel aplicația instituției *rezervei uzufructului*), situația era rezolvată urmând regulile constitutului posesor.¹

¹ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 275-285.

Aceste procedee au fost inserate, alături de alte asemenea instituții, în normele Codului lui Iustinian, în încercarea compilatorilor săi de a atenua formalismul principiului *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudus pactis transferentur*.

Vechiul drept francez

Moștenind reglementările dreptului roman în materie, vechiul drept francez susținea, în epoca francă, aceeași dihotomie contract – mod de dobândire, aceeași „neputință de a concepe transferul dreptului de proprietate *solo consensu*”¹. Doctrinarii epocii (Domat, Planoil, Pothier) diferențiază, în cazul vânzării, două etape: încheierea contractului și predarea bunului.

În practică, însă, se foloseau în mod uzual mijloace de realizare a unei predări fictive: fie constitutul posesor (preluat din dreptul roman), fie inserarea în contract a unei clauze de *dessaisine-saisine*. Prin această clauză, înstrăinătorul declara că renunța la posesia bunului (*dessaisine*) în favoarea dobânditorului, care intra astfel în posesie bunului cumpărat (*saisine*)². Prin efectul acestei clauze, din momentul în care contractul era încheiat în mod valabil, dobânditorul primea toate drepturile înstrăinătorului asupra lucrului, devenind astfel proprietar. Din același moment, înstrăinătorul deținea bunul doar în calitate de detentor precar, pentru dobânditor³.

Clauza *dessaisine-saisine* devine, în virtutea folosirii sale frecvente în contractele ce aveau ca obiect transmiterea proprietății, doar o clauză de stil, unii autori considerând că își producea efectele chiar și atunci când contractul nu o prevedea expres, ea fiind subînțeleasă⁴.

Școala dreptului natural

Pe planul teoriei juridice, pasul decisiv în acceptarea transmiterii proprietății *solo consensu* a fost făcut școala dreptului natural. În lucrarea sa, *De jure belli ac pacis*, Grotius arată că proprietatea este independentă de posesie și că nu există nici un motiv pentru a subordona dobândirea proprietății dobândirii posesiei.⁵ În sprijinul aceleiași idei, Puffendorf argumenta că tradiția, care este un act fizic, poate condiționa doar transmiterea posesiei, care este o putere fizică, pe când consimțământul, act pur intelectual, trebuie să fie suficient pentru transferul proprietății, care este o putere pur intelectuală⁶.

¹ Jean Carbonnier, *Droit civil*, tom 3, Presse Universitaires de France, Paris, 1995, p. 209.

² *Ibidem*, p. 209-210.

³ Argou, *Institutes au droit francais*, edit. 1787, II, pag. 238, apud C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924.

⁴ Jean Carbonnier, *op. cit.*, p. 210.

⁵ Grotius, *De jure belli ac pacis*, apud C. Bufnoir, *op. cit.*, p. 40.

⁶ Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, apud J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 210.

Codul civil napoleonian

În condițiile răspândirii acestor idei și ale unei practici generalizate a clauzei *dessaisine-saisine*, redactorii C. civ. napoleonian au consacrat principiul transmiterii dreptului de proprietate doar prin efectul consimțământului. Literatura juridică franceză arată că art. 1138 nu face decât să suprima clauza *dessaisine-saisine*, prezumând-o în orice contract care are drept obiect transmiterea unui drept de proprietate asupra unui bun¹. Voi analiza pe larg formula consacrată de art. 1138 în secțiunea dedicată dreptului francez contemporan.

Deocamdată trebuie semnalat că practica instituită de C. civ. aduce unele diferențe față de cea anterioară. De exemplu, dacă înstrăinătorul pierde posesia bunului, conform normelor vechiului drept francez, el nu mai poate transmite proprietatea bunului altuia². Pierderea posesiei nu îl poate însă împiedica pe vânzătorul contemporan Codului lui Napoleon să transmită în mod valabil dreptul de proprietate asupra respectivului bun.

Vechiul drept românesc

Vechiul drept românesc preia, în mare măsură, principiile dreptului roman în materia transferului proprietății.

Codul lui Andronache Donici consacră regula generală: „La vânzări, cumpărături, nămeli, schimburi și alte asemenea [...] atunci stăpânirea este deplin câștigată când, pre lângă tocmeală, urmează și darea lucrului”³. Mai apoi, același cod face aplicarea acestei reguli pentru vânzare⁴, impunând drept condiții pentru perfectarea acesteia plata prețului și predarea bunului vândut.

Înțelegând să consacre același principiu al formalismului în transmiterea proprietății, Codul Caragea reglementează în mod similar vânzarea, diferențiind-o, însă, după cum obiectul acesteia este un bun mobil⁵ sau un bun imobil¹.

¹ C. Bufnoir, *op. cit.*, p. 45.

² Tot ce ar fi putut face înstrăinătorul în acest caz ar fi fost să transmită dobânditorului doar dreptul la acțiunea în revendicare (contra posesorului), procedeu inspirat din dreptul roman. (C. Bufnoir, *op. cit.*, p. 46).

³ „La vânzări, cumpărături, nămeli, schimburi și alte asemenea, trebuința urmează ca, pre lângă tocmeală, să se dea și lucrul, trecând din stăpânirea unuia în stăpânirea altuia, adică făcându-se teslim, și după formele pravilei; atunci stăpânirea este deplin câștigată când, pre lângă tocmeală, urmează și darea lucrului”, Codul lui Andronache Donici, § 6, Cap. X, *apud* D. Alexandresco – *Dreptul civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, vol V, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 164.

⁴ „Vânzarea este perfectă când o parte va urma cu darea prețului, și cealaltă parte primind prețul va urma cu darea lucrului. Și nu numai așa, ci și dacă numai o parte va primi luând prețul, sau cealaltă va apuca să facă teslim lucrul vândut în mâna cumpărătorului, atuncea vânzarea și cumpărarea este sevârșită și temeinică”, Codul lui Andronache Donici, § 2, Cap. XI, *apud* D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 163.

⁵ „Vânzarea atunci e sevârșită, când cel ce vinde va da lucrul în mâna cumpărătorului, și cumpărătorul va da prețul sau încredințarea pentru preț”, Codul Caragea, art. 12, partea III, cap. 2, *apud* D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 163.

Codul Calimach prevede și el (în art. 570, 1412 și 1454) faptul că proprietatea nu se transferă decât prin tradiție, fără a mai face însă distincție între mobile și imobile. Este reglementată, de asemenea, *traditio brevi manu* și constitutul posesor².

Codul civil de la 1864

În contextul acestor practici, C. civ. de la 1864 aduce inovația consacării principiului consensualismului în transmiterea dreptului de proprietate, idee preluată, este adevărat, din C. civ. francez. Redactarea art. 971 al codului nostru este, însă, diferită de cea a art. 1138 a modelului francez, fapt remarcat de prof. Dimitrie Alexandresco, care arată că legiuitorul nostru a tradus *ad litteram* art. 1125 din Codul civil italian. Asupra acestei discuții voi reveni mai târziu, în cadrul analizei normelor similare art. 971 în dreptul comparat.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând voi cerceta textele legale care reglementează problema transferului dreptului de proprietate în legislațiile contemporane.

Codul civil francez

Voi începe prin analiza art. 1138 din C. civ. francez, capitolul al II-lea, secțiunea a II-a:

„L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”³.

Textul citat trebuie interpretat⁴ în sensul că obligația de a remite posesia bunului, de a face tradiția lui (în text: *obligația de a livra bunul*) este considerată îndeplinită prin simplul acord de voință al părților. Astfel, creditorul obligației de a livra (dobânditorul) devine proprietar și riscurile sunt transferate în sarcina sa din momentul în care obligația s-a născut (din momentul încheierii contractului) chiar dacă tradiția (efectivă, reală) nu s-a realizat. Art. 1138 instituie și o excepție, situația în care debitorul obligației de a preda bunul (înstrăinătorul) este pus în întârziere,

¹ „Vânzarea atunci e sevârșită, când vânzătorul, primind prețul sau încredințarea pentru preț, va da cumpărătorului zapisul vânzării”, Codul Caragea, art. 13, partea III, cap. 2. Predarea acestui zapis nu este altceva decât *traditio brevi manu* din dreptul roman, D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 163.

² D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 164.

³ Code Civil Français, Livre III, Titre III, Chapitre III, Section II, article 1138, <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode>

⁴ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 202.

caz în care riscurile rămân în sarcina sa¹.

Prin această dispoziție, C. civ. napoleonian conferă contractului capacitatea de a realiza prin el însuși transferul dreptul de proprietate. Astfel, din momentul realizării acordului de voință între părți, dobânditorul devine proprietarul bunului înstrăinat. De fapt, obligația de a da, de a transfera proprietatea, nici nu are timp să existe, este îndeplinită prin însăși încheierea contractului.

O ultimă precizare ar trebui făcută în legătură cu denumirea capitolului al II-lea al C. civ. (*Despre efectul obligațiilor*), capitol în cadrul căruia este încadrat art. 1138. Literatura de specialitate² din Franța precizează că legiuitorul confundă în acest caz efectul contractelor cu efectul obligațiilor. Contractele duc la nașterea unei anumite situații juridice între părți, determină în sarcina acestora apariția anumitor drepturi și obligații (între care și a obligației de a transfera un drept de proprietate). Obligațiile, însă, nu au această capacitate, efectele lor constând, mai curând, în a pune la dispoziția creditorului mijloace necesare pentru executarea angajamentului luat.

Însușindu-și această critică, legiuitorul român a denumit capitolul III al Codului *Despre efectul convențiilor*.

Codul civil italian

De fapt, după cum am precizat deja, redactorii Codului de la 1864 preiau din Codul francez doar principiul, art. 971 fiind o traducere a formulei adoptate de legiuitorul italian (cristalizată, bineînțeles, după același C. civ. napoleonian).

Astfel, C. civ. italian statuează:

„Nei contratti che hanno de oggetto la traslazione della proprieta o di altro diritto, la proprieta o il diritto si trasmette e si acquista per efetto del consenso legittimamente menifestato”³.

În același sens sunt redactate Codul civil mexican și Codul civil portughez⁴.

Codul civil portughez

Este interesant de analizat redactarea aleasă de legiuitorul portughez, redactare considerată de prof. Dimitrie Alexandresco mult superioară chiar celei din Codul italian, modelul legiuitorului român în această privință: „În înstrăinările de lucruri certe și determinate, proprietatea se transmite între părți prin singurul efect al contractului, independent de orice tradiție și de o posesie efectivă sau simbolică, afară de cazul în care părțile ar fi de acord pentru a stipula contrariul”⁵.

¹ Textul din Codul nostru civil a eliminat această din urmă teză, exprimând însă același lucru în art. 1074 alin. 2, care reproduce în substanță art. 1219 alin. 2 din Codul italian, D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 185.

² C. Bufnoir, *op. cit.*, p. 742.

³ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 166.

⁴ *Ibidem*, p. 166.

⁵ Art. 715 C. civ. portughez *apud* D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 167.

Codul civil german

În opoziție cu acest mod de a reglementa transferul dreptului de proprietate, C. civ. german de la 1900 abandonează principiul consensualismului statuat de C. civ. napoleonian, revenind la tradiția romană care diferenția între contracte și moduri de dobândire a proprietății¹. Art. 929 al acestui cod impune condiția punerii în posesie pentru ca dreptul de proprietate mobilă să poată fi transmis. Cât privește proprietatea funciară, ea poate fi transmisă doar printr-un act de executare distinct față de contract, act solemn și abstract care consemnează consimțământul părților la transferul proprietății. Acest act (*auflassung*) urmează a fi transcris în cartea funciară².

Aceeași poziție se regăsește în legislațiile Austriei, Elveției, Olandei și Spaniei³.

Norvegia, Danemarca și Suedia

Cele trei țări scandinave sancționează transferul dreptului de proprietate în mod diferit, în funcție de natura bunului dobândit⁴. În Danemarca și Norvegia, dobândirea în proprietate a imobilelor este precedată de o promisiune de vânzare care creează între părți o simplă obligație personală. Dreptul de proprietate se transmite în momentul în care, după ce cumpărătorul a plătit, vânzătorul îi înmânează acestuia actul de vânzare-cumpărare propriu-zis și îi transferă proprietatea.

În Suedia, însă, proprietatea se transmite cumpărătorului prin simplul efect al convenției, iar acordul de voință al părților poate îmbrăca orice formă. Doar pentru ca actul să fie opozabil terților sunt cerute unele formalități.

Pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra bunurilor mobile, Norvegia impune tradițiunea. În Danemarca această condiție este necesară doar pentru a se realiza opoziția față de terți, iar pentru că în Suedia legea nu tranșează această problemă, literatura juridică este împărțită între cei ce consideră că dreptul de proprietate nu poate fi transmis decât prin predarea efectivă a bunului și cei care conferă acest drept contractului⁵.

Common-law

În sistemul de drept *common-law*, noțiunea de proprietate este strâns legată de cea de posesie, aceasta constituind baza dreptului de proprietate⁶. Astfel, doar persoana care se află în posesia bunului poate transfera proprietatea prin contract, pentru că doar ea poate pune pe altcineva în aceeași poziție. Cel care ar putea dovedi

¹ J. Carbonier, *op. cit.*, p. 211.

² Art. 873, 925 C. civ. german, *apud* J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 211.

³ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 162.

⁴ A. Aslău, *Moduri de dobândire a dreptului de proprietate*, Ed. Gutenberg, Arad, 2000, p. 167-170.

⁵ Această ultimă opinie tinde să domine în literatura juridică suedeză – A. Aslău, *op. cit.*, p. 169.

⁶ J. E. Penner, *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 145-148.

că are un drept mai puternic asupra bunului respectiv (și, subsecvent, ar recâștiga posesia) are doar un drept la acțiune, drept care inițial era considerat inalienabil. Astfel, doar titlul persoanei care deține posesia bunului poate fi transmis.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând voi încerca să cercetez regula de drept supusă discuției prin analiza gramaticală a textului, prin contextualizare din perspectivă pluridisciplinară și prin descoperirea sensurilor normei.

Littera - „În contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului”.

În primul rând trebuie delimitată sfera *contractelor care au drept obiect translația proprietății*. Dintre contractele numite, convențiile prin care se transferă proprietatea sunt: vânzarea-cumpărarea, schimbul, donația, renta viageră. Prin acest tip de contracte pot fi transferate nu numai dreptul de proprietate, ci și alte drepturi reale, cum ar fi dreptul de uzufruct, de uz, abitație, servitute sau superficiei, care nu fac, însă, obiectul cercetării noastre.

Pentru a clarifica înțelesul expresiilor *translația proprietății* și *tradițiunea lucrului* trebuie făcută precizarea că înțelegerile contractuale la care face referire art. 971 duc la nașterea, în sarcina înstrăinătorului, a două obligații distincte. Prima este obligația de a transla, de a transmite dreptul de proprietate, obligația de a da, traducere a verbului latin *do, dare, dedi, datum*, a da. După cum am observat, această obligație se consumă simultan cu realizarea acordului de voință între părți, dreptul de proprietate asupra bunului cedat transmitându-se din persoana înstrăinătorului în cea a dobânditorului într-un mod cu totul imaterial. Cea de-a doua obligație este cea de predare efectivă, de remitere a bunului de la mână la mână, dar care nu împiedică transmiterea proprietății (așa cum se întâmplă în dreptul roman și în unele legislații contemporane). Această obligație urmărește doar transferul posesiei materiale, ceea ce legiuitorul de la 1864 înțelege prin *tradițiunea lucrului*.

Mai trebuie semnalat că expresia *lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului* folosită de legiuitor este improprie¹. Transferul proprietății determină și transferul riscului pieririi fortuite a bunului în seama dobânditorului, astfel că expresia potrivită în acest caz ar fi *lucrul trece în rizico-pericolul dobânditorului*.

Contextualizare – pentru a contextualiza principiul cercetat propun o analiză din perspectivă psihologică a motivației care îi determină pe oameni să înstrăineze bunuri.

¹ P. C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 115.

Proprietatea ne conferă dreptul la uzul exclusiv și absolut asupra bunului pe care îl considerăm *al nostru*¹. Chiar dacă această putere asupra bunului este oarecum îngăduită de condiția socială a omului, de faptul că trebuie, atunci când ne folosim de un bun, să respectăm drepturile și libertățile celor care ne înconjoară, de ce totuși am renunța la aceste puteri (attribute care elimină orice ingerință a celorlalți și ne permit să întrebuițăm bunul astfel încât să ne servim cât mai bine interesele, putere care ne dă un drept aproape discreționar asupra bunului, inclusiv dreptul de a-l distruge)?

Acceptând ideea de transfer, se produce, pe plan psihologic, o importantă schimbare de poziție a proprietarului vis-à-vis de bunul său. În cazul contractelor cu titlu oneros, el realizează că un alt lucru, un bun pe care îl deține altul sau pe care îl poate dobândi cu contravaloarea lucrului său, i-ar putea servi cu mai mult folos, proprietarul nostru pierzându-și interesul față de propriul bun. Ori, pentru a analiza cazul donației, același proprietar consideră ca beneficiile pe care le are din folosirea respectivului bun sunt mult mai puțin importante față de foloasele pe care le-ar aduce bunul unei alte persoane, de care se simte legat afectiv.

Sensul social

Această schimbare de poziție a proprietarului ce se manifestă în momentul transmiterii unui drept de proprietate pe plan subtil, motivațional, relevă și sensul social al acestei noțiuni. Proprietarul, exercitându-și drepturile sale asupra unui bun determinat, nu trăiește într-un *vacuum social*², interesul său asupra bunului nu se mărginește în a-l folosi singur, în a dispune de el excluzând, la modul absolut și nelimitat, orice altă persoană. Contextul social în care este exercitat dreptul de proprietate presupune o multitudine de situații în care proprietarul interacționează cu cei din jurul său: fie prin folosirea în comun de către mai multe persoane a aceluiași lucru, fie prin acordarea de către proprietar unei terțe a unui alt drept real decât dreptul de proprietate, fie chiar, în modul cel mai frecvent, prin transferul dreptului de proprietate.

Sensul politic

Cercetând sensul politic al principiului statuat de art. 971 descoperim o reglementare ce se apropie de doctrina liberală, prin atitudinea față de raporturile ce apar între indivizi și prin libertatea largă de a contracta acordată acestora.

Însă această politică legislativă trebuie analizată în zilele noastre mai curând din perspectiva interesului economic al comunității decât din punctul de vedere al libertății individuale³. Transferul proprietății *solo consensu* este o operațiune simplă, comodă, rapidă, care duce la dinamizarea relațiilor comerciale între diferiții protagoniști, fie ei persoane fizice sau *persoane morale*. Această mobilitate deosebită a valorilor și bunurilor antrenează dezvoltarea comerțului și, implicit, a întregii

¹ J. E. Penner, *op. cit.*, p. 87-92.

² *Ibidem*, p. 75.

³ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 208.

economii. Construirea Pieței Unice Europene pe baza unei largi libertăți de a contracta (*nota bene*: pe întreg teritoriul Comunității Europene, extindere de a impus și acordarea unei cvadruple libertăți de a circula: a persoanelor, a bunurilor, a capitalurilor și a serviciilor) a transformat o Europă în ruină după al doilea Război Mondial într-una din cele mai mari puteri ale lumii.

Sensul obscur

Înțelesul pe care îl ascunde art. 971 mi se pare că poate fi relevat prin parafrazarea unei ziceri cunoscute: *With great freedom come great responsibilities*. A acorda individului libertatea de a încheia contracte prin simpla manifestare a consimțământului său, a conferi contractului capacitatea de a naște efecte din chiar momentul realizării acordului de voință înseamnă a responsabiliza individul, a-l face conștient de importanța acțiunilor sale, de faptul că el este singurul în măsură a discerne și a-și cenzura faptele. În mod subliminal, această normă avertizează: odată ce ai ajuns la un acord cu celălalt, consecințele acestei înțelegeri se vor produce imediat și nemijlocit, așa că fii mereu atent și vigilent, cântărește cu responsabilitate și înțelepciune faptele și vorbele tale!

Din această perspectivă, formalismul înseamnă, pentru spiritele mai puțin dornice în a-și afirma libertatea, o binevenită barieră în calea voinței lor, impusă din exterior și care are puterea de a cenzura, de a verifica dacă interesele lor au fost protejate. Din punctul de vedere al celui care impune astfel de formalități, al statului, este dezvăluită aici o dorință de a ține sub control, de a limita și descuraja manifestările prea exuberante, prea largi în exprimarea libertății și voinței individului.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând voi cerceta contraargumentele aduse principiului sancționat de art. 971, prin metoda dialectică a tezei, antitezei și sintezei.

Teza – *pro auctoritas*: În contractele ce au ca obiect transferul proprietății, dreptul de proprietate se transmite prin simplul consimțământ al părților.

Antiteza – *contra auctoritas*: Principiul consensualismului prejudiciază interesul terților. Aceștia nu sunt avertizați asupra transferului dreptului de proprietate prin nici o manifestare exterioară a acordului de voință al părților.

Sinteză – *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*: Critica nu poate atinge art. 971 deoarece această regulă de drept privește doar raporturile dintre părțile contractante, iar nu persoanele – terți față de convenția încheiată¹.

¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 211.

Situația acestora față de raportul juridic creat este reglementată în sistemul nostru de drept de instituția publicității imobiliare și de art. 972, în cazul bunurilor mobile¹.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând voi cerceta justificarea dreptului sancționat, prin expunerea argumentelor și excepțiilor pe care acest principiu le comportă, pentru a face în final observații cu privire la liniile generale și brocardurile principiului și propunerea de *lege ferenda*.

Transmiterea proprietății *solo consensu*, așa cum este ea sancționată de art. 971 C. civ., are o deosebită importanță pe planul transferului riscurilor. În momentul transmiterii dreptului de proprietate se transmit și riscurile în sarcina dobânditorului *chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului*. Aceasta înseamnă că pierderea sau deteriorarea bunului determinate de un caz fortuit sau de o cauză forță majoră (adică de un eveniment imprevizibil și insurmontabil, produs de o cauză străină și neimputabilă debitorului) această pierdere sau deteriorare, spuneam, va fi suportată de dobânditor, proprietar al bunului din momentul realizării acordului de voință². Astfel, în contractul de vânzare-cumpărare, de exemplu, dobânditorul va fi obligat în continuare să plătească prețul, fără ca înstrăinătorul să îi poată preda bunul.

Această regulă nu își găsește însă aplicarea în situația în care înstrăinătorul a fost pus în întârziere în legătură cu obligația de a preda bunul³, întârzierea în executare fiind asimilată culpei. Însă și această situație are o excepție: ipoteza în care înstrăinătorul dovedește că bunul ar fi pierit și în mâna dobânditorului⁴.

Trecând acum la analiza excepțiilor formulate la principiul consensualismului, voi preciza că în literatura juridică s-a discutat în repetate rânduri pe marginea acestor excepții, ajungându-se în prezent la un relativ consens în această problemă⁵, fapt pentru care nu voi insista în mod deosebit.

O primă excepție se concretizează într-o declarație expresă de voință a

¹ Codul civil, Cartea II, Titlul III, Capitolul III, Secțiunea I, art. 972: „Dacă lucrul ce cineva s-a obligat succesiv a da la două persoane este mobil, persoana pusă în posesiune este preferită și rămâne proprietară, chiar când titlul său este cu dată ulterioară, numai posesiunea să fie de bună-credință”.

² Regulă preluată din dreptul roman: *Res perit domino*.

³ Codul civil, Cartea II, Titlul III, Capitolul VII, art. 1074 alin. 2: „Lucrul este în rizico-pericolul creditorului, afară numai când debitorul este în întârziere; în acest caz rizico-pericolul este al debitorului”.

⁴ Codul civil, Cartea II, Titlul III, Capitolul VIII, Secțiunea VI, art. 1156 alin. 2: „Chiar când debitorul este pus în întârziere, dacă nu a luat asupra-și cazurile fortuite, obligația se stinge, în caz când lucrul ar fi pierit și la creditor, dacă i s-ar fi dat”.

⁵ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 167; I. Filipescu, A. Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 2002, p. 314-315; I. Adam, *Dreptul civil. Drepturi reale*, Ed. All-Beck, București, 2002, p. 679-681; P.C. Vlachide, *op. cit.*, p. 115-124; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 203-204; C. Bufnoir, *op. cit.*, p. 46-53.

părților, prin care acestea amână transferul dreptului de proprietate la îndeplinirea unui termen sau după realizarea unei condiții¹.

O altă situație excepțională este cea a înstrăinării unui bun viitor. În acest caz, transferul proprietății se produce abia în momentul în care bunul are o existență concretă.

Soluția adoptată pentru bunurile de gen este ceea ce transmite proprietății în momentul individualizării lor, fie prin cântărire, măsurare sau numărare, fie prin predare.

Un caz aparte îl constituie înstrăinarea bunului altuia. În această situație, dacă părțile au cunoscut împrejurarea la care ne referim la încheierea contractului, acesta nu este nul, însă proprietatea se va transfera în momentul în care înstrăinătorul va dobândi el însuși proprietatea bunului. Dacă, însă, dobânditorul nu a știut că bunul nu îi aparține înstrăinătorului, contractul este anulabil, nulitate care poate fi acoperită dacă, după încheierea contractului, înstrăinătorul devine proprietarul bunului.

O ultimă categorie de excepții este reprezentată de contractele pentru care legea a impus, *ad validitatem*, îndeplinirea anumitor formalități. Acesta este cazul donației, al vânzării-cumpărări, al darului manual, pentru care se cere fie forma actului autentic, fie tradițiunea bunului.

Propunerea de lege ferenda

În societatea de astăzi, tendința de a ridica bariere în calea voinței indivizilor, de a aduce tot mai multe formalități în raporturile dintre oameni este evidentă. Această atitudine, însă, mi se pare discordantă cu realitățile lumii în care trăim, o lume în care dinamica societății, dezvoltările aduse de tehnologie (tranzacțiile pe internet, telefonie mobilă etc.) permit și cer totodată o mai mare mobilitate, o mai mare rapiditate a raporturilor dintre oameni.

De aceea propunerea mea de *lege ferenda* ar fi tocmai menținerea principiului consensualismului, și mai mult chiar, investirea lui cu puteri sporite, puteri care să îl ajute să își ducă la îndeplinire vocația: eliberarea și responsabilizarea individului.

¹ Există însă și autori care contestă existența valabilă a unei astfel de clauze – P.C. Vlăchide, *op. cit.*, p. 115-117.

Bibliografie

1. Ioan Adam, *Dreptul civil. Drepturi reale*, Ed. All-Beck, București, 2002
2. Dimitrie Alexandresco, *Dreptul civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, vol V, Tipografia Națională, Iași, 1900
3. Anca Aslău, *Moduri de dobândire a dreptului de proprietate*, Ed. Gutenberg, Arad, 2000
4. C. Bufnoir, *Propriété et contrat (Théorie des modes d'aquisition des droits réels et des sources des obligations)*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924
5. Jean Carbonnier, *Droit civil*, tom 3, Presse Universitaires de France, Paris, 1995
6. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. I, Ed. Polirom, Iași, 1998
7. I. Filipescu, A. Filipescu, *Dreptul civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 2002
8. J. E. Penner, *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997
9. P.C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1994

*

* *

*Aliquis vir bonus nobis eligendus est,
ac semper ante oculos habendus¹*

¹ „Trebuie să ne alegem un bărbat superior și să-l avem mereu înaintea ochilor” (Seneca, *Epistolae*, 11, 8), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 20.

CONTRACTUL DE TIME-SHARING ȘI CONTROVERSA-I CALIFICARE ÎN „PARTITURA” DREPTURILOR REALE

Alexandra Huidu
Mădălina Morariu

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând vom analiza textul juridic. Vom face analiza textului juridic prin: a) *lectura*, prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat și b) *summa*, rezumatul textului.

a) *Lectura*: „În înțelesul prezentei legi, termenii și expresiile folosite au următoarele semnificații: a) *contract privind dobândirea unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare*, denumit în continuare contract – contractul sau grupul de contracte încheiat pe o durată minimă de 3 ani, cu plata unui preț global, prin care, direct ori indirect, un drept real sau orice alt drept care privește folosința unui ori mai multor bunuri imobiliare, pentru o perioadă determinată sau determinabilă a anului care nu poate fi mai mică de o săptămână, este constituit ori face obiectul unui transfer sau al unui angajament de transfer al unui astfel de drept” (art. 3 lit. a din Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare).

b) *Summa*: prin încheierea acestui contract se constituie sau se transferă un drept real sau orice alt drept care privește folosința unui bun imobiliar (imobil sau parte a acestuia cu destinație de locuit) pentru o anumită perioadă determinată sau cel puțin determinabilă. Textul prevede două limite inferioare: durata minimă de 3 ani pentru care se încheie contractul și perioada de minim o săptămână pe an în care se constituie sau se transferă dreptul, precum și posibilitatea încheierii unui antecontract în varianta promisiunii unilaterale din partea vânzătorului.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă prin cazuistică reală sau eidetică, imaginară, vom identifica legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

În acest sens trebuie menționat faptul că Legea nr. 282/2004 a fost adoptată pentru a transpune Directiva 94/47/CE privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare. Nici Directiva, nici legea română de implementare nu califică în mod indubitabil natura drepturilor dobândite prin acest contract. Mai mult decât atât, în Preambulul Directivei legiuitorul comunitar specifică faptul că nu și-a propus să reglementeze măsura în care asemenea contracte pot fi încheiate în statele membre și nici natura juridică a drepturilor care se pot constitui sau transmite prin astfel de contracte. Reglementarea în domeniu era necesară dincolo de îndeplinirea angajamentelor pe care România și le-a asumat în vederea aderării la Uniunea Europeană, având în vedere faptul că Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor a fost sesizată de practicile prin care dobânditorilor de astfel de drepturi le era solicitată plata în avans a unor sume nejustificate în urma încheierii unor asemenea contracte.

CAZUL I: Să presupunem că X dorește să-și petreacă concediul în mod periodic în Spania împreună cu familia. X nu dispune de suficiente resurse financiare pentru a-și achiziționa o casă de vacanță și nici nu dorește ca de fiecare dată să caute un hotel sau o pensiune. Sistemul de *time-sharing* îi oferă o alternativă, motiv pentru care X încheie un contract de dobândire a unui drept de utilizare pe durată limitată (primele două săptămâni ale lunii iulie a fiecărui an timp de 5 ani) a casei de vacanță Y din Spania cu firma Z. X își petrece concediul în această modalitate până în al patrulea an când, revenind în imobil, constată că acesta se afla într-o stare avansată de degradare. Firma Z susține că nu avea cunoștință de starea imobilului și că răspunzători sunt cei care au folosit casa de vacanță în perioada anterioară celei în care X urma să-și petreacă concediul. Apar în această situație mai multe întrebări: ce fel de drept a dobândit X și care sunt modalitățile prin care și-l poate apăra? Ce raporturi juridice se nasc între dobânditorii dreptului asupra respectivei case de vacanță? Eventualele acțiuni în apărarea dreptului se vor îndrepta împotriva vânzătorului-intermediar sau împotriva celorlalți dobânditori? Ce acțiuni se pot promova și în baza cărui temei juridic?

CAZUL al II-lea: Să presupunem că X, anterior expirării termenului de 5 ani pentru care a fost încheiat contractul cu firma Z, vinde dreptul său lui T. Se pun următoarele probleme: Ce calitate are T în raport de contractul încheiat între X și Z? Operează o substituție implicită a lui T în drepturile lui X? Este necesară și notificarea sau acceptarea lui Z?

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, vom cerceta prima axă a investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept.

Termenul „time-sharing” provine din domeniul informaticii și desemnează un sistem sau un serviciu în care un număr de abonați folosesc simultan din locuri diferite un singur calculator. Folosind sensul original al termenului, anume acela de divizare a timpului, s-a realizat o extrapolare a acestuia în domeniul dreptului în sensul deținerii sau închirierii în comun a unei proprietăți vacante de către două sau mai multe persoane care o ocupă pe rând pe o perioadă determinată.

Elemente ale instituției de *time-sharing* s-au manifestat inițial în Franța în mediul rural în secolul al XIX-lea. Coproprietarii unei mori au hotărât, printr-o înțelegere contractuală, ca fiecare dintre ei să folosească moara în mod periodic și pentru o perioadă limitată de timp. În acest caz nu se poate vorbi de un *time-sharing* propriu-zis, pentru că înțelegerea a fost ulterioară constituirii coproprietății, iar *time-sharing*-ul implică simultaneitate în ceea ce privește dobândirea dreptului și împărțirea folosinței între diferiți consumatori.

Originea nemijlocită a ideii de *time-sharing* nu poate fi determinată cu exactitate, însă un reper cert în ceea ce privește punctul de pornire îl constituie momentul în care în iarna anului 1967, în stațiunea pentru sporturi de iarnă Super Dévoluy situată în Alpii francezi, societatea „Grand Travaux de Marseille” a înstrăinat pentru prima dată părți din case de vacanță sub sloganul „Ne louez plus la chambre, achetez l’hotel, c’est moins onéreux!” („Nu închiriați camera, cumpărați hotelul, e mai ieftin!”), folosind în acest sens noțiunea de multiproprietate¹. Activitatea de *time-sharing* a cunoscut o expansiune de scurtă durată ținând cont de apariția unui număr mare de firme nesperioase care au folosit diverse tertipuri pentru a-și determina clienții să încheie contracte dezavantajoase pentru ei și care au dat faliment în scurt timp. Urmarea firească a fost pierderea încrederii consumatorilor în astfel de contracte. Fenomenul a cunoscut o amplă dezvoltare în SUA, înregistrând numai succese, după care a fost reimportat în Europa, unde, în timp, pentru eliminarea concurenței nesperioase și a posibilității de înșelare a consumatorilor, s-au organizat asociații și cluburi de *time-sharing*, bazate pe coduri foarte stricte de conduită².

Anterior edictării Directivei 94/47/CE, în diferite state au fost folosite contracte ce aveau un astfel de obiect și care beneficiau de denumiri extrem de variate: Time-Property, Interval Ownership, Teilzeiteigentum, Teilzeitwohnrecht, multipropriété, droit de jouissance à temps partagé, propriété spatio-temporelle,

¹ Vezi Camelia Toader, *Contractul de time-sharing, acum reglementat și în România*, Revista de drept comercial nr. 9/2004, p. 153.

² Pentru amănunte vezi www.consumerlawpage.com. (23.02.2005) – *Code of Ethics on Resale Practices and Standards*.

propriété saisonnière, multipropiedad. Cu toate acestea, în majoritatea statelor care cunoșteau un astfel de contract, nu exista o legislație în domeniu care să stabilească reguli minimale în ceea ce privește natura dreptului transmis și modalitățile de protecție ale dobânditorilor¹. Dificultăți majore în privința clauzelor contractuale au intervenit în special în cazurile în care bunurile ce formează obiectul contractului erau situate în străinătate, dobânditorii putând fi foarte ușor înșelați. Parlamentul European a fost bombardat cu cereri din partea cetățenilor statelor membre, care acuzau practicile agresive ale vânzătorilor, motiv pentru care, la 13 octombrie 1988, a adoptat o hotărâre în care își exprima îngrijorarea față de amploarea fenomenului și în care propunea adoptarea unei directive de armonizare. La 26 octombrie 1994 a fost adoptată Directiva 94/47/CE, numită și Directiva Time-sharing, care își propune să asigure un cadru normativ general de protecție a celor interesați să încheie astfel de contracte. Ea se axează pe patru elemente fundamentale, care vizează: 1) obligația de informare ce revine ofertantului și care trebuie să se concretizeze într-un prospect detaliat obligatoriu cu privire la dreptul înstrăinat și la riscurile asumate în momentul încheierii unui asemenea contract; 2) transparența contractului, ce rezultă din stipularea clară a drepturilor și obligațiilor părților contractante; 3) acordarea obligatorie potențialului dobânditor a dreptului de denunțare a contractului în termen de 10 zile, interval de timp în care este interzisă orice plată și 4) respectarea normelor generale impuse de directivă și sancționarea evitării lor prin apelarea la un sistem de drept mai puțin protector, în cazul în care bunul este situat pe teritoriul unui stat membru.

În România, prima tentativă de *time-sharing* s-a manifestat în 1995 când Regia Autonomă „Loteria Națională” a lansat o nouă emisiune de loz în plic numită „Vila de aur” și care oferea câștigătorului dreptul de proprietate pentru o săptămână dintr-un an asupra unui apartament cu 3 camere, mobilat și utilat, situat într-o vilă de lux din Poiana Brașov cu posibilitatea pentru acesta de a-și vinde, închiria, cesa sau transmite ca moștenire dreptul său de proprietate. După acest moment, practica în domeniu în spațiul românesc a fost restrânsă, motivația principală fiind lipsa unor posibilități financiare reale.

Totuși s-au înregistrat câteva cazuri în care firme-fantomă au încheiat așa-zise contracte de *time-sharing*, promițând dobânditorilor asigurarea dreptului de proprietate pentru o săptămână sau două în diferite locații exotice contra unor sume exorbitante. În 2004 a fost adoptată Legea nr. 282 privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare pentru a implementa directiva. Pe de altă parte, Proiectul Codului civil încadrează acest drept în materia drepturilor reale în Titlul al II-lea - Despre proprietatea privată, Capitolul al VI-lea - Proprietatea periodică, art. 542-547.

¹ Numai patru state (Portugalia, Franța, Grecia și Regatul Unit al Marii Britanii) aveau legi în domeniu anterior adoptării directivei.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare, vom cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la texte similare sau cu obiect similar din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept.

În sistemul romano-germanic se pot identifica trei tipuri de organizare a activității de *time-sharing*: obligațional, real și societară¹. În varianta obligațională, dobânditorul și vânzătorul încheie un contract sinalagmatic prin care consumatorul dobândește, în schimbul unei sume de bani, dreptul de a folosi bunul. El poate opune acest drept numai debitorului contractual. *Time-sharing*-ul real îi oferă dobânditorului un drept real, concretizat fie în forma unei coproprietăți, fie în cea a unui dezmembrământ al dreptului de proprietate, deci un drept opozabil *erga omnes*. În sfârșit, în forma societară de organizare a activității, societatea de *time-sharing* este proprietara bunului, iar dobânditorul dreptului de folosință este membru al societății, dreptul său rezultând din partea sa de contribuție la capitalul firmei sau dintr-un contract încheiat cu aceasta. Având în vedere acest aspect, statele membre UE au transpus în modalități diferite directiva, funcție de specificitatea dreptului național.

În Germania, transpunerea directivei s-a realizat prin Legea dreptului de locuire („Wohnrechtgesetz”) care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1997. Ulterior, reglementarea a fost introdusă în Codul civil german (BGB). Nici legea germană nu tranșează problema naturii juridice a dreptului transmis printr-un astfel de contract, art. 481 BGB menționând că poate fi vorba despre un drept real sau despre un alt drept, referindu-se în mod special la varianta transmiterii dreptului de folosință prin participarea la o asociație sau societate. Doctrina a considerat că textul se referă atât la drepturi reale, cum ar fi coproprietatea sau locațiunea pe durată îndelungată, cât și la drepturi de creanță rezultate în principal din calitatea de asociat. Art. 481 alin. 2 vizează posibilitatea alegerii unității locative dintr-un ansamblu, sistemul adoptat fiind unul flexibil. Se impune aici mențiunea că, în raport cu împărțirea perioadei anuale de folosință, există două variante: cea clasică, fixă, care presupune determinarea de la bun început a perioadelor de utilizare, fie prin stabilirea unei date fixe, fie prin fixarea săptămânii din an și varianta flexibilă, ce implică posibilitatea beneficiarului de a alege anual perioada de folosință în anumite condiții. Varianta flexibilă poate avea, la rândul ei, două modele: 1) sistemul „Floating week” permite consumatorului să își aleagă perioada în care dorește să își exercite dreptul de folosință într-unul din intervalele stabilite de la început. El va comunica ofertantului opțiunea sa într-un termen determinat, iar acesta va face o selecție a cererilor, ținând

¹ Vezi Camelia Toader, *op. cit.*, p. 157.

cont de ordinea în care acestea au fost formulate. 2) Sistemul „punctelor” se bazează pe faptul că fiecare unitate de *time-sharing* beneficiază de un număr de puncte în fiecare an, funcție de care dobânditorii își pot alege perioada din an în care doresc să își exercite dreptul de folosință.

În practica germană s-au identificat câteva modele tipice de contracte de *time-sharing*, printre care se numără „Oberstdorfer-Modell”, ce implică dobândirea de către consumator a unei cote-părți de proprietate; „Hotel-Buy-Out-Modell”, variantă în care clientul devine proprietar unic al unei camere de hotel, pe care o poate folosi însă doar într-o anumită perioadă determinată dintr-un an; modelul „reprezentantului comercial”, care presupune obligația dobânditorului-proprietar de a aduce alți clienți pentru vânzător; modelul „Treuhand”, atacat des în justiție pentru că, deși permite dobândirea dreptului de proprietate de către beneficiar, nu îi poate garanta apărarea acestuia, deoarece se stipulează expres în contract că dreptul nu poate fi înscris în Cartea Funciară; modelul asociației și modelul „Hapimag” sau al acțiunilor, prin care se transmite dreptul de creanță de a folosi un imobil în mod periodic.

În Austria, „Legea federală privind dobândirea drepturilor de folosință pe durată limitată asupra bunurilor imobile”, intrată în vigoare la 1 martie 1997, conține dispoziții detaliate referitoare la materialul informativ obligatoriu și la clauzele contractuale. În ceea ce privește natura juridică a dreptului transmis sau constituit în baza unui asemenea contract, se menține formularea generală a directivei, precizându-se că poate fi vorba despre un drept real sau despre un drept de creanță cu privire la folosința periodică pe o perioadă determinată a unui bun. Motivația principală a lipsei de fermitate în legătură cu stabilirea naturii dreptului în cauză constă în aceea că nu se dorește încălcarea principiilor autonomiei de voință și a libertății contractuale a părților.

Franța cunoștea încă din 1986 o reglementare în domeniu, și anume „Loi relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé” (Legea nr. 86/1986 privind societățile de atribuire a imobilelor în folosință pe timp partajat), care avea o concepție asemănătoare cu cea a directivei. Legea specială de transpunere a directivei comunitare a intrat în vigoare la 8 iulie 1998 și a fost inclusă ulterior în Code de la Consommation. Reglementarea franceză se bazează pe modelul societar de organizare a activității de *time-sharing* și menționează că obiectul contractului constă în transmiterea unui drept de folosință asupra unui sau mai multor imobile. Menținerea variantei societare implică faptul că, deși Franța a inventat termenul de multiproprietate, ea a fost singura care a tranșat problema naturii juridice a dreptului de *time-sharing* în favoarea dreptului de creanță, sub forma unui drept de sejur acordat asociaților funcție de aportul lor la capitalul social al firmei. Societatea rămâne singurul titular al dreptului de proprietate asupra imobilului respectiv și asupra terenurilor aferente și se ocupă în mod concret cu întreținerea și administrarea bunului, în timp ce asociații, dobânditorii unui drept de

folosință, transmisibil atât prin acte *inter vivos*, cu titlu oneros sau gratuit, cât și prin acte *mortis causa*, participă la toate cheltuielile necesare întreținerii imobilului și dotărilor aferente, proporțional cu întinderea dreptului lor.

În sistemul de drept anglo-saxon este folosită cu precădere modalitatea de organizare a activității de *time-sharing* bazată pe trust. Acest fapt este posibil datorită divizării sistemului în două mari subsisteme: Common Law și Equity, potrivit unei opinii recente conturându-se și un al treilea subsistem, și anume Statutory Law. Equity datează din epoca feudală, din perioada Norman Conquest, fiind introdus din necesitatea de a atenua rigiditatea sistemului Common Law. Un exemplu elocvent în acest sens ar putea consta în aceea că doar prin intermediul instituției Equity se pot încheia contracte cu titlu gratuit, având în vedere faptul că sistemul de Common Law nu recunoaște decât validitatea contractelor cu titlu oneros (obligativitatea existenței unui interes de natură patrimonială de către ambele părți contractante fiind sugerată în mod expresiv prin formularea „to provide consideration”). Instituția trustului este creația sistemului Equity și presupune divizarea titlului de proprietate asupra unui bun între mai multe persoane, în sensul că unele dețin titlul legal (singurul recunoscut de Common Law), celelalte beneficiind de un titlu echitabil. În privința constituirii trustului menționăm că proprietarul bunului, numit „settlor” transmite dreptul său de proprietate către una sau mai multe persoane, numite „trustee”, cu intenția ca bunul respectiv să fie deținut în trust în beneficiul unei alte persoane, denumite „beneficiary”. Astfel, „trustee” devine deținătorul titlului legal, rolul său fiind acela de a gestiona proprietatea în folosul beneficiarilor, care devin deținătorii titlului echitabil. În majoritatea cazurilor trustul este constituit prin testament, deși din punct de vedere fiscal, se recomandă instituirea sa prin acte *inter vivos*, principalele scopuri urmărite de către „settlor” fiind perpetuarea averii în familie și minimalizarea obligațiilor fiscale¹. În Marea Britanie, aplicațiile practice ale acestei instituții sunt numeroase: fondurile de pensii sunt administrate în trust de către companii specializate în acest sens, organizațiile caritabile funcționează în temeiul trustului etc. În ceea ce privește reglementarea, în Anglia exista deja o lege în domeniu anterioară Directivei, și anume Timeshare Act din 1992, Timeshare Regulations fiind adoptată special pentru transpunerea Directivei în 1997.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând vom face o posibilă exegeză a textului prin littera, analiza gramaticală, sententia, contextualizarea și sensus, identificarea sensului obscur.

a) *Littera* – analiza gramaticală

¹ Vezi Rodica Constantinovici, „*Equity*” și „*Trust*”, în Dreptul nr. 1/2004, p. 204-210.

Prezintă o deosebită importanță studierea atentă a textului de lege din mai multe puncte de vedere, în primul rând deoarece se observă o serie de neconcordanțe la nivel terminologic. Când denumește contractul, în art. 3 lit. a legiuitorul român specifică faptul că acesta privește un „**drept de utilizare** pe durată limitată a unor bunuri imobiliare”, ceea ce pare a restrânge încă de la început aria drepturilor transmise la acest unic drept, cu toate că, în continuare, menționează că prin acest contract se constituie sau se transferă „un **drept real** sau orice alt **drept care privește folosința** unuia ori mai multor bunuri imobiliare”.

Se impune analizarea problemei dacă traducerea în limba română a termenului de *time-sharing* este cea mai fericită sau într-adevăr legiuitorul a folosit deliberat această sintagmă. În țările în care au fost încheiate contracte având un asemenea obiect denumirile au apărut, la rândul lor, ca fiind diverse: *Interval Ownership*, *Teilzeiteigentum*, *multipropriété*, *propriedad periodica* etc. Apare întrebarea dacă art. 3 lit. a se referă la posibilitatea transmiterii dreptului de proprietate prin contractul de *time-sharing* sau ar trebui să înțelegem, așa cum sugerează denumirea lui, că de fapt contractul are ca obiect doar un drept de utilizare, adică un drept de folosință? Mergând mai departe, ne întrebăm: care este natura juridică a dreptului transmis prin contract – drept real sau drept de creanță, având în vedere faptul că nici Directiva europeană 94/47 și nici Legea nr. 282/2004 nu fac această precizare? Problema prezintă o deosebită importanță, deoarece legea prevede obligativitatea ofertantului de a furniza dobânditorului informații complete și detaliate cu privire la bunul oferit în cadrul unui **prospect** (art. 4 alin. 1), care trebuie să includă în conținutul său, pe lângă descrierea imobilului și alte asemenea informații prevăzute în anexa legii, și precizări legate de natura juridică a dreptului conferit prin contract și condițiile de exercitare a acestuia în statul pe teritoriul căruia este situat bunul.

Dacă alegem să considerăm dreptul de *time-sharing* ca fiind un drept de proprietate în cadrul căruia fiecare titular exercită prerogativele dreptului său în decursul unor perioade determinate care se repetă succesiv, la intervale regulate, trebuie stabilit dacă ne aflăm în prezența unui drept de proprietate pur și simplu sau a unui drept de proprietate afectat de modalități.

Dreptul de proprietate este pur și simplu atunci când are o existență certă și când aparține unui singur titular, care exercită toate cele trei atribute ale proprietății: *usus*, *fructus* și *abusus*. Existența certă a dreptului se regăsește și la *time-sharing*, însă de esența acestuia este tocmai lipsa caracterului exclusiv, de unde rezultă că dreptul de *time-sharing* nu este un drept de proprietate pur și simplu.

Proprietatea afectată de modalități poate fi: rezolubilă, anulabilă, comună (pe cote-părți obișnuită sau temporară, pe cote-părți forțată și perpetuă și în devălmășie). Dreptul, în modalitatea proprietății rezolubile și a celei anulabile, este supus riscului dispariției dacă se îndeplinește condiția rezolutorie sau dacă este admisă acțiunea în anularea actului translativ de proprietate, în timp ce dreptul de *time-sharing* are o existență certă.

În cazul proprietății comune titularii dreptului exercită prerogativele lor împreună și concomitent, dar în cazul *time-sharing*-ului fiecare exercită singur

prerogativele dreptului de proprietate. Astfel, se înregistrează diferențe majore în raport de proprietatea pe cote-părți obișnuită sau temporară: de esența acestui tip de proprietate ține caracterul ei temporar, art. 728 C. civ. precizând că „nimeni nu poate fi obligat a rămâne în indiviziune”, pe când, în cazul titularilor dreptului de *time-sharing* nu se pune problema ieșirii din indiviziune, pentru simplul motiv că aceștia nu sunt în indiviziune; în cazul coproprietății pe cote-părți obișnuite sau temporare cota-parte reprezintă măsura întinderii dreptului fiecărui coproprietar asupra bunului, în timp ce în cazul *time-sharing*-ului conceptul operațional de bază constă în tranșa de timp în care fiecare titular exercită prerogativele dreptului său; dacă nu se înțeleg în ceea ce privește folosința bunului, coproprietarii, conform dreptului nostru, nu pot face partaj de folosință, având ca unică soluție ieșirea din indiviziune¹; pe de altă parte, coproprietarii exercită un drept continuu și perpetuu, pe când dreptul de *time-sharing* nu este nici continuu, ci este periodic, și nici perpetuu (contractul, conform Legii nr. 282/2004, se încheie „pe o durată minimă de 3 ani ... pentru o perioadă determinată sau determinabilă a anului care nu poate fi mai mică de o săptămână” – în lipsa unei dispoziții maxime, în temeiul regulilor generale ale dreptului civil, putem spune că durata contractului poate fi determinată sau determinabilă, dar nu veșnică).

Proprietatea pe cote-părți forțată și perpetuă se constituie și se menține independent de voința coproprietarilor, pe când dreptul de *time-sharing* se constituie printr-o manifestare de voință a părților; apoi, cotele-părți deținute în proprietate forțată și perpetuă au caracter accesoriu, în timp ce drepturile transmise printr-un astfel de contract sunt de sine stătătoare, nedepinzând de existența altui drept.

Diferența față de proprietatea în devălmășie este una evidentă și constă în aceea că această modalitate a dreptului de proprietate este aplicabilă doar în ceea ce privește regimul comunității de bunuri a soților, regim legal, pe când, în cazul dreptului de *time-sharing* acesta este obținut prin manifestarea de voință a dobânditorilor, care pot fi în număr de minim doi (nu maxim doi, ca în cazul soților).

Având în vedere aceste deosebiri de substanță, unii autori susțin faptul că dreptul de *time-sharing* nu poate fi încadrat în nici una dintre modalitățile cunoscute ale dreptului de proprietate și că suntem în prezența unei noi modalități, și anume proprietatea periodică², în cadrul căreia „fiecare titular exercită în nume și în interes propriu prerogativele dreptului său de proprietate pe perioade determinate, care se repetă succesiv și perpetuu, la intervale regulate, presupunând cel puțin doi titulari, care pot fi persoane fizice sau juridice (inclusiv statul), între care nu există nici un raport juridic”³.

¹ Pentru amănunte, vezi Teodor Sâmbrian, *Proprietatea în sistem time-sharing – proprietatea periodică – o nouă modalitate a dreptului de proprietate*, în *Dreptul nr. 5/1997*, p. 39-41.

² Vezi Teodor Sâmbrian, *op. cit.*, p. 42, Corneliu Bârsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. ALL BECK, București, 2001, p. 194-198.

³ Vezi Teodor Sâmbrian, *op. cit.*, p. 35.

Raportată la caracteristica perpetuității dreptului de proprietate, noțiunea de proprietate periodică pare un non-sens. Într-adevăr, cu rare excepții, care țin de specificitatea proprietății intelectuale, dreptul de proprietate este un drept perpetuu, fie el simplu sau afectat de modalități. În ceea ce privește pretinsa proprietate temporară, aceasta este analizată numai ca modalitate de transmisiune temporară a utilizării unor bunuri și nu pare a fi pusă în discuție problema că folosința obiectului dreptului poate fi temporară, dar dreptul ca atare nu are cum să apară ca fiind periodic. Acest lucru trebuie luat în considerare cu atât mai mult cu cât se prevede posibilitatea ca bunul aflat în proprietate periodică poate fi vândut, închiriat, ipotecat, poate face obiectul unui contract de schimb între titularii de time-sharing asupra unor imobile sau perioade de timp diferite sau transmis prin moștenire, astfel încât dreptul se poate obține prin acte juridice, dar și prin fapte juridice, cum ar fi uzucapiunea. Dar ideea de proprietate periodică vine în contradicție cu una dintre calitățile posesiei cerută pentru dobândirea dreptului de proprietate prin uzucapiune, și anume continuitatea. Pe de altă parte, doctrina este unanimă în a aprecia continuitatea funcției de natura bunului asupra căruia poartă dreptul ce se dorește a fi uzucapat; extrapolând la specificul dreptului transmis prin contractul de time-sharing, considerăm că s-ar putea admite ideea unei continuități în discontinuitate, atâta vreme cât folosința s-ar exercita în decursul aceleiași perioade în fiecare an. Aceasta deoarece obiectul uzucapiunii ar fi, în cazul proprietății periodice, unul dual, referindu-se nu numai la drept în sine, ci și la perioada de timp în care acesta se exercită, ținând cont de faptul că dreptul nu poate fi conceput în afara perioadei de timp. În concluzie, în varianta admiterii posibilității uzucapiunii unui astfel de drept, s-ar impune statuarea unei noi condiții, alături de cele existente, și anume exercitarea folosinței în aceeași perioadă în fiecare an.

În acest context, să fie dreptul transmis prin contractul de *time-sharing* un dezmembrământ al dreptului de proprietate? Dreptul dobânditorului nu poate fi înscris în categoria dreptului de uz sau de abitație, deoarece uzuarul și titularul dreptului de abitație nu numai că nu pot înstrăina, dar nu pot nici măcar ceda dreptul lor, pe când dreptul de *time-sharing* poate fi înstrăinat, donat etc. Din același motiv nu poate fi vorba în cauză nici de un drept de uzufruct, deoarece, dacă uzufructuarul are dreptul să cedeze beneficiul dreptului sau, el rămâne mai departe titular al dreptului de uzufruct și răspunzător față de nudul proprietar (care păstrează după constituirea dreptului dispoziția, transmitând doar posesia și folosința), cedarea dreptului însuși nefiind posibilă. Referitor la posibila încadrare a dreptului de *time-sharing* în categoria dezmembrămintelor dreptului de proprietate, considerăm ca fiind necesară și comparația acestuia cu instituția emfiteozei (instituție ce nu se mai regăsește astăzi în sistemul nostru de drept), consacrată în opera compilatorilor justinieni ca fiind un drept real de folosință asupra terenului agricol al altuia, drept perpetuu și transmisibil atât *inter vivos*, cât și *mortis causa*, cu obligația corelativă a emfiteotului de plată periodică a folosinței¹. Emfiteoza a apărut ca o

¹ Vezi Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. al II-lea, Ed. Polirom, Iași, 2001.

instituție intermediară între proprietate și uzufruct, deosebindu-se de cea dintâi prin aceea că exercitarea prerogativei dispoziției (*abusus*) de către emfiteot era condiționată de existența unui acord prealabil din partea nudului-proprietar. În ceea ce privește delimitarea sa față de uzufruct sunt semnificative următoarele aspecte: emfiteotul dobândește în deplină proprietate toate fructele bunului prin simpla lor separație (*separatio*), în timp ce în cazul uzufructului, apropierea se face prin *perceptio*; uzufructuarul beneficiază de *cautio fructuaria*, dreptul de folosință al emfiteotului nefiind însoțit de nici o garanție reală de folosință a terenului agricol respectiv; emfiteotul beneficiază și de posesia bunului, dar plătește un preț al locațiunii, probleme ce nu se regăsesc în cazul uzufructului. Pe cale de consecință se poate pune întrebarea dacă dreptul de *time-sharing* ar constitui o variantă modernă și stilizată a defunctei emfiteoze. Cercetând contextul social și istoric, precum și modalitățile de exercitare ale celor două drepturi descoperim deosebiri substanțiale. Astfel, emfiteoza vizează doar dreptul de folosință asupra terenurilor agricole, scopul instituirii acesteia fiind exploatarea numeroaselor terenuri agricole lăsate în paragină, în timp ce principalul obiectiv al *time-sharing*-ului constă în oferirea unei alternative consumatorului în privința locurilor de petrecere a concediilor. Emfiteotul era titularul unui drept real în virtutea căruia putea folosi și culege fructele bunului pe o perioadă îndelungată de timp (18 – 99 ani), fiind asimilat în cele din urmă proprietarului din motive ce țin de îndelungata exploatare a bunului, aspecte ce nu pot fi aplicate în cazul *time-sharing*-ului, dincolo de multitudinea beneficiarilor unui astfel de drept asupra aceluiași bun sau de posibilitatea exercitării drepturilor doar în anumite perioade de timp. Ca ultim argument în detrimentul identității între cele două instituții invocăm posibilitatea emfiteotului de a înstrăina terenul închiriat, cu consimțământul proprietarului, drept inaplicabil dobânditorului în ipoteza încheierii unui contract de *time-sharing*.

Teoriei proprietății periodice i se mai poate aduce încă o critică, și anume faptul că partajarea în timp a folosinței poate fi mai avantajoasă în ceea ce privește apărarea din punct de vedere juridic a dreptului dobândit decât situația în care s-ar partaja însuși dreptul de proprietate, operațiune care nu ar aduce nici un avantaj suplimentar celor interesați. Într-adevăr, între titularii dreptului nu se nasc raporturi juridice (nu se pune nici problema regulei unanimității, a mandatului tacit sau a gestiunii de afaceri, ca în cazul coproprietarilor), ei fiind unii față de alții terți la contractele încheiate de fiecare dintre ei cu vânzătorul. În situația în care unul dintre dobânditori ar aduce atingere drepturilor celorlalți, aceștia nu s-ar putea apăra în justiție decât prin intermediul vânzătorului, neavând o acțiune directă împotriva dobânditorului care a abuzat de dreptul său.

Pentru a veni să suplinească neajunsurile acestei viziuni, o serie de autori¹

¹ Vezi Liviu Stănculescu, *Particularitățile contractelor de „locațiune sezonieră” reglementate de Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare*, în *Dreptul* nr. 9/2004, p. 25 și urm.

consideră acest contract ca fiind o locațiune sezonieră, pornind de la ideea că locațiunea mai este cunoscută în doctrină și sub denumirea de „vânzare a folosinței”. „Locațiunile sezoniere sunt contracte comerciale caracterizate prin întărirea încrederii consumatorilor în achizițiile transfrontaliere, rod al unor reglementări europene uniforme și stricte”¹. Soluția pare a avea suport și în Legea nr. 282/2004, care reglementează faptul că prin acest contract se transmite „un drept real sau **orice alt drept** care privește folosința”. Din exprimarea legii rezultă, *per a contrario*, că prin „orice alt drept” nu se înțelege tot un drept real, deci acest „alt drept” nu ar putea fi decât un drept de creanță. Principalele argumente în favoarea acestei teorii sunt: 1) doctrina franceză califică acest tip de contract drept „contracts de location saisonniers”; 2) având în vedere calitatea de comerciant a înstrăinătorului, ce rezultă din specificul activității sale, precum și mențiunea din art. 12 alin. 1 din Legea nr. 282/2004 că dispozițiile acestea se vor completa cu cele ale unor acte normative din materia dreptului comercial, dreptul transmis nu poate fi decât unul de creanță, cu atât mai mult cu cât contractul are ca obiect bunuri imobile din categoria hotelieră, care fac parte dintr-un fond de comerț; 3) în Expunerea de motive a directivei se face precizarea că principala deosebire dintre acest tip de contract și cel de locațiune constă în modalitatea de plată, locatarul achitând chiria în mai multe tranșe, pe când titularul dreptului de *time-sharing* plătește o sumă globală.

De asemenea, se observă o traducere improprie a textului Directivei 94/47/CE în limba română. Directiva folosește termenul „l'acquéreur” (achizitor) și nu de „dobânditor” (în doctrina noastră termenii de „înstrăinare” și „dobândire” au semnificația transferului dreptului de proprietate). Pe de altă parte, persoana care transmite un drept de folosință asupra unui bun pe durată determinată este cunoscută, de regulă, ca locator, arendator, proprietar și nu „vânzător”, care, prin natura sa, transmite un drept de proprietate.

Art. 2 alin. 2 din Legea nr. 282/2004 prevede că „regimul juridic al contractelor încheiate în baza prezentei legi se completează cu dispozițiile din dreptul comun sau din legi speciale aplicabile, după caz”. În acest caz, locațiunile sezoniere constituind varietăți ale locațiunii de drept comun, prevederile speciale ale acestora se vor completa cu cele ale contractului de locațiune, care reprezintă dreptul comun în materie.

Legea nu clarifică nici aspectul modurilor de constituire sau de transferare a dreptului la care se referă contractul, necorelând dispozițiile art. 3 lit. a („prin care, direct ori indirect... este constituit... un astfel de drept”) cu celelalte dispoziții din cuprinsul său. Prin dobândire „directă” (nemijlocită) persoana îndreptățită primește dreptul (fie el personal, real sau decurgând dintr-o societate) chiar în temeiul contractului (*solo consensu*), fapt ce denotă caracterul consensual al contractului. Expresia „dobândire indirectă” are în vedere acoperirea situațiilor întâlnite în unele sisteme de drept (cele germanice) în care funcționează principiul separației și al abstracțiunii, transferul neoperând decât după ce exprimarea consimțământului este

¹ *Ibidem*, p. 30.

urmată de punerea la dispoziție a bunului, de unde am putea concluziona că acest contract este unul real. Însă din modul în care este reglementat contractul în legislația noastră – art. 5 alin. 1 prevede: „contractul se încheie în forma scrisă, sub sancțiunea nulității absolute” – rezultă că pentru acest contract se cere forma scrisă *ad validitatem*, deci este un contract solemn¹. El nu poate fi nici real, având în vedere că părțile pot contracta și cu privire la bunuri viitoare. Astfel, dacă imobilul este încă în curs de construire, înscrisul trebuie să indice numărul autorizației, stadiul lucrărilor, inclusiv al utilităților comune (racordul de gaze, electricitate, apă, telefon) și termenul probabil al terminării lucrării, ca și garanțiile aferente în cazul neexecutării corespunzătoare a construcției (Anexa la Legea nr. 282/2004, lit. d). Informațiile trebuie să privească, potrivit lit. h, indicarea precisă a perioadei în care dreptul dobândit prin contract se poate exercita, precum și data de la care dobânditorul poate începe să își exercite drepturile contractuale. Și cum un contract nu poate fi și real și solemn în același timp, găsim inoportună alăturarea termenilor „direct” și „indirect”.

b) *Sententia* – contextualizarea, ce presupune, la rândul ei, în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare a normei cuprinse în text.

În contextul celor exprimate mai sus și a faptului că frecvența unor contracte de *time-sharing* în România este redusă, apare mai credibilă varianta conform căreia realul motiv al apariției Legii nr. 282/2004 îl reprezintă transpunerea *aquis*-ului comunitar în scopul îndeplinirii angajamentelor asumate de țara noastră în vederea aderării la Uniunea Europeană și mai puțin necesitatea protecției dobânditorilor de drepturi prin astfel de contracte.

Legiuitorul român nu face însă decât să traducă dispozițiile directivei europene, inserând textul art. 3 lit. a fără a ține seama că aceasta are în vedere armonizarea reglementărilor naționale din statele membre în domeniul *time-sharing*-ului, deci are un cadru de aplicabilitate mai larg, încercând să acopere toate variantele din practică ale acestui contract, funcție de sistemul de drept și de modalitatea de organizare a activității de *time-sharing* aplicabile în diverse state.

Dar transpunerea *aquis*-ului comunitar presupune nu doar traducerea, și aceea imperfectă, a unei directive al cărei scop este doar crearea unui normativ-cadru în domeniu, deoarece implementarea este un proces mai complex, care implică și armonizarea normelor comunitare cu sistemul de drept național.

Din punct de vedere al psihologiei normei juridice, observăm că aceasta nu este de natură să confere senzația de siguranță, de protecție persoanelor care ar dori să încheie astfel de contracte. Astfel, scopul declarat al legii, care este acela de a proteja pe dobânditori, pare a fi uitat în dauna scopului ascuns, dar real, de a

¹ În ceea ce privește critica introducerii unei noi excepții la principiul consensualismului prin reglementarea cuprinsă în art. 5 alin. 1 din Legea nr. 282/2004 vezi Vasile Pătulea, *Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor unui drept de utilizare a unor bunuri imobiliare*, în *Dreptul* nr. 1/2005, p. 10.

transpune, măcar minimal, Directiva 94/47¹. Textul greoi, în care sesizăm numeroase neconcordanțe² care îngreunează interpretarea sa chiar și de către persoanele cu pregătire de specialitate, face norma cu atât mai puțin accesibilă potențialilor beneficiari.

Problema se impune a fi luată în considerare cu atât mai mult cu cât acest contract nu a apărut în România ca urmare a evoluției dreptului nostru, fiind o creație a societăților cu viață economică prolifică, care prezintă o dezvoltare într-un anumit sens a relațiilor sociale, cu reflectare în domeniul dreptului. Dreptul român, având în vedere și originea sa romanistă, este un sistem de drept ce apare ca tradiționalist, contractul de *time-sharing* fiind, din acest punct de vedere, o instituție de import. Legea în discuție, în lipsa practicii, este una avangardistă, ceea ce obligă legiuitorul să fie cu atât mai atent la modul de reglementare a raporturilor juridice la care dă naștere contractul avut în vedere, în contextul în care există o reală posibilitate de dezvoltare a unor asemenea raporturi juridice și la noi, societatea românească dovedind în repetate rânduri capacitatea sa de adaptare³.

c) *Sensus* –identificarea sensului obscur, adică a celui de-al patrulea sens, pentru a completa „Roza vânturilor” hermeneutice, a punctelor „cardinale” interpretative, a „cadranului” comprehensiunii.

Dintr-un alt punct de vedere, neprecizarea cu exactitate a naturii juridice a dreptului transmis prin contract poate avea la bază dorința de a respecta libertatea de voință a contractanților, creându-le acestora posibilitatea de a stabili raporturile juridice care servesc cel mai bine intereselor pe care le au. Invocarea frecventă a principiului autonomiei de voință a părților tinde să se transforme într-un pseudo-argument pentru a motiva lipsa unei reglementări care să le confere acestora o protecție reală.

Acest arbitrarium lasă loc posibilității comercianților de a influența consumatorul prin formulări abile. Dăm ca exemplu în acest sens modalitatea folosită de societatea „Grand Travaux de Marseille”, care a înstrăinat pentru prima oară părți din case de vacanță sub sloganul „Ne louez plus la chambre, achetez l’hotel, c’est moins onéreux!”. Astfel, sub titlul îmbietor și înșelător de „multiproprietate”, practica ingenioasă a imaginat situația de a propune mai multor persoane să se grupeze pentru a ocupa, în fiecare an, pe o perioadă determinată, aceeași reședință de vacanță⁴. Fără a minimaliza avantajele pe care încheierea unui

¹ Precizăm ca data limită a transpunerii directivei nu a fost respectată de România, aceasta fiind, conform angajamentelor asumate în negocierea capitolului 23 – „Protecția consumatorilor și a sănătății”, anul 2003, iar Legea nr. 282/2004 a fost adoptată la data de 23 iunie 2004.

² Alături de cele enumerate în lucrarea de față și care fac obiectul studiului nostru, alte neconcordanțe se întâlnesc pe tot parcursul legii. Cu titlu de exemplu, observăm folosirea alternativă a termenilor de „reziliere” și „rezoluțiune”.

³ A se vedea și succesul de care s-a bucurat în România concursul „Vila de Aur”.

⁴ Vezi Ion Dogaru, Sebastian Cercel, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. ALL BECK, București, 2003, p. 162 și urm.

asemenea contract le prezintă atât pentru comerciant (posibilitățile de câștig sunt mai mari, deși cheltuielile cu reclama nu sunt de neglijat, dar înstrăinând părțile de folosință își amortizează mult mai repede investiția¹), cât și pentru consumator (el este scutit de nesiguranța găsirii unui loc potrivit, de pericolul inflației în legătură cu prețul cazării la hotel, iar prin sistemul de „cercuri de schimb” se asigură și mobilitatea necesară, pentru a preveni monotonia), trebuie evidențiat faptul că ceea ce se vinde este, de fapt, iluzia de proprietate, totul traducându-se printr-o metodă rafinată a vânzătorilor (pentru a folosi denumirea dată lor de lege) de exploatare a dorinței dobânditorilor de a avea asemenea imobile în proprietate.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada: teză - *pro auctoritas*, antiteză - *contra auctoritas* și sinteză - *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*.

a) *Teza*: „contract privind dobândirea unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare, denumit în continuare contract – contractul sau grupul de contracte încheiat pentru o durată minimă de 3 ani, cu plata unui preț global, prin care, **direct ori indirect, un drept real sau orice alt drept care privește folosința** unuia ori mai multor bunuri imobiliare, pentru o perioadă determinată sau determinabilă a anului care nu poate fi mai mică de o săptămână, **este constituit ori face obiectul unui transfer** sau al unui angajament de transfer al unui astfel de drept” (art. 3 lit. a din Legea nr. 282/2004).

b) *Antiteza*: contract privind dobândirea unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare, denumit în continuare contract – contractul sau grupul de contracte încheiat pentru o durată minimă de 3 ani, cu plata unui preț global, prin care, direct ori indirect, un drept real sau orice alt drept care privește folosința unuia ori mai multor bunuri imobiliare, pentru o perioadă determinată sau determinabilă a anului care nu poate fi mai mică de o săptămână, **nu este constituit și nici nu face obiectul unui transfer sau al unui angajament de transfer al unui astfel de drept**.

c) *Sinteza*: prin contract privind dobândirea unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare se va înțelege: contractul sau grupul de contracte încheiat pentru o durată minimă de 3 ani, cu plata unui preț global, prin care, **în mod direct, un drept de folosință** asupra unuia sau mai multor bunuri imobiliare,

¹ Vezi Sorin Stan, *Evaluarea time-sharing-ului – optica cumpărătorului și optica investitorului*, Tribuna economică nr. 36/2001, p. 54.

pentru o perioadă determinată sau determinabilă a anului care nu poate fi mai mică de o săptămână, **face obiectul unui transfer** sau al unui angajament de transfer.

SEPTAM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere de *lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Fără a contesta necesitatea apariției unui act normativ în materie, precizăm totuși că o reglementare inconstantă, ambiguă și incompletă nu vine să ușureze, ci, din contră, îngreunează buna desfășurare a raporturilor juridice în discuție. Astfel, sperăm că, de *lege ferenda*, legiuitorul român va semna lipsurile reglementării în discuție, procedând la: 1) precizarea cu exactitate a naturii juridice a contractului, menționându-se apartenența sa la ramura dreptului civil sau la cea a dreptului comercial; în acest sens trimitere la dreptul comun în materie făcute în art. 2 (fără a se specifica anume care dispoziții constituie dreptul comun) și la dispozițiile C. civ. și ale unor acte normative din materia dreptului comercial menționate în art. 12 din Legea nr. 282/2004 nu vin să aducă lumină în această problemă; 2) calificarea, ce ne apare mai potrivită, sub denumirea de „consumator” și nu de „dobânditor” a persoanelor ce primesc drepturi prin contractul de time-sharing; 3) modificarea textului de lege prin eliminarea sintagmei „direct sau indirect”, având în vedere faptul că acest contract este unul solemn și nu real sau doar consensual; 4) fie specificarea opțiunilor puse la dispoziția consumatorului – prin enumerarea, dintre totalitatea tipurilor de *time-sharing* existente, a acelor care se pliază pe specificul sistemului de drept și, în mod necesar, a societății românești –, fie tranșarea problemei în favoarea proprietății periodice, care, pare mai probabilă în contextul actual, prin sancționarea ei în Proiectul Codului civil sau în favoarea naturii de drept de creanță a *time-sharing*-ului, cu toate consecințele ce decurg de aici.

Menționăm că nu considerăm ca fiind o încălcare a principiilor autonomiei de voință a părților și a libertății de a contracta delimitarea cu exactitate a dreptului transmis prin crearea unui cadru normativ care să descurajeze posibilitățile de fraudare a intereselor dobânditorilor, oferind astfel o protecție concretă consumatorilor.

Invocăm ca ultim argument faptul că statele membre UE au transpus directiva având în vedere considerentele enumerate anterior, la care se poate adăuga și acela că nu s-au mulțumit cu simpla traducere a documentului european.

Bibliografie

1. Corneliu BÂRSAN, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. ALL BECK, București, 2001
2. Valerius M. CIUCĂ, *Lecții de drept roman*, vol. al II-lea, Ed. Polirom, Iași, 2001
3. Rodica CONSTANTINOVICI, „Equity” și „Trust”, *Dreptul* nr. 1/2004, p. 204-210
4. Ion DOGARU, Sevastian CERCEL, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. ALL BECK, București, 2003
5. Vasile PĂTULEA, *Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor unui drept de utilizare a unor bunuri imobiliare*, *Dreptul* nr. 1/2005, p. 5-10
6. Teodor SÂMBRIAN, *Proprietatea în sistem time-sharing – proprietatea periodică – o nouă modalitate a dreptului de proprietate*, *Dreptul* nr. 5/1997, p. 39- 41
7. Sorin STAN, *Evaluarea time-sharing-ului – optica cumpărătorului și optica investorului*, *Tribuna economică* nr. 36/2001, p. 54 și urm.
8. Liviu STĂNCIULESCU, *Particularitățile contractelor de „locațiune sezonieră” reglementate de Legea nr. 282/2004 privind protecția dobânditorilor cu privire la unele aspecte ale contractelor purtând asupra dobândirii unui drept de utilizare pe durată limitată a unor bunuri imobiliare*, *Dreptul* nr. 9/2004, p. 25 și urm.
9. Camelia TOADER, *Contractul de time-sharing, acum reglementat și în România*, *Revista de drept comercial* nr. 9/2004, p. 152-183
10. PROIECTUL CODULUI CIVIL
11. www.consumerlawpage.com (23.02.2005)
12. www.ote-info.com (23.02.2005)
13. www.timesharebeat.com (23.02.2005)
14. www.resortcondos.com (10.03.2005)
15. www.reca.ab.ca/timeshar.htm (10.03.2005)

*

* *

Alit aemulatia ingenia¹

¹ „Emulația hrănește talentele” (Velleius Paterculus), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 20.

CLAUZA DE PRECIPUT (*PRAECIPIUM JUS*) - SPIRIT DE PREVEDERE SAU *JUS ABUDENDI* EXCESIV?

Valerică Guzu
Emilian-Ionuț Brătuleanu

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, vom analiza textul juridic prin:

Lectura – prezentarea integrală a textului juridic

Art. 260 - *Clauza de preciput* din Proiectul noului Cod civil

„(1) Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de împărțeala succesorală, unul sau mai multe din bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate.

(2) Clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor și nici reducățiunii, afară de cazul în care se aduce atingere drepturilor moștenitorilor rezervatari.

(3) Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților”.

Summa – rezumatul textului

În cadrul comunității convenționale există posibilitatea inserării unei clauze prin care numai soțul supraviețuitor să dobândească cu titlu gratuit anumite bunuri ce fac parte din comunitatea de bunuri a soților, efectele clauzei producându-se între data deschiderii succesiunii și momentul împărțelii succesoriale, operând caducitatea în cazul încetării comunității soților în timpul vieții acestora.

Dacă există moștenitori rezervatari și prin această clauză se aduce atingere drepturilor acestora, clauza va fi supusă raportului donațiilor și reducățiunii.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau imaginară identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

Menționăm faptul că în legislația națională actuală nu există o asemenea reglementare, aceasta existând doar în dispozițiile Proiectului noului Cod civil,

„îngropat” la Camera Deputaților, în cadrul cărții a doua - „Familia” - la art. 260 cuprins în cadrul reglementărilor referitoare la regimurile matrimoniale. Având în vedere această situație am propus spre analiză câteva cazuri imaginare:

Cazul I: Soții x și y au încheiat o convenție matrimonială, în care, printr-o clauză de preciput, au prevăzut că apartamentul aflat în coproprietatea lor să revină aceluia dintre ei care supraviețuiește, în defavoarea celor doi copii. În speță, după unele calcule prealabile, am constatat faptul că drepturile succesoriale ale celor doi copii, moștenitori rezervatari, sunt în cuantum de 7/48 fiecare. Cum influențează existența clauzei de preciput în acest caz? Va fi supusă raportului sau reducățiunii partea din apartament de care poate dispune unul dintre soți? Este relevant faptul că în speță este prevăzută scutirea de raport?

Cazul II: Soțul z, prin clauza de preciput inserată în convenția matrimonială, a donat noii sale soții partea sa din autoturismul W, deținut în coproprietate de către aceștia. La decesul soțului z masa succesorală a fost estimată la 100.000 euro, din care s-a reținut ca fiind valoarea autoturismului 20.000 euro. Soțul supraviețuitor intră în concurs cu descendentul defunctului dintr-o căsătorie anterioară. Se ridică problemele: în speță, este avantajat soțul supraviețuitor de existența clauzei de preciput? *Per a contrario sive a contrario sensu*, se limitează dreptul la moștenire al descendentului? Ar fi afectată împărțeala succesorală de inexistența clauzei de preciput?

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, vom cerceta prima axă a investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulei de drept.

Preciputul a apărut ca o cutumă, întâlnindu-se, de exemplu, în cadrul raporturilor de familie din sec. XIII-XIV (*la famille de Rochechouart 1277-1393*), având aproximativ aceleași efecte ca și preciputul de astăzi.

Din cercetările noastre a rezultat faptul că această clauză de preciput prevăzută într-un „contract de căsătorie” (*contrat de mariage*) opera, la momentul secolului al XVIII-lea în Franța, în favoarea soției supraviețuitoare în vederea protejării intereselor acesteia pentru situația în care intra în concurs cu ceilalți moștenitori legali sau testamentari.

Reprezentând la început doar o cutumă, ea își producea efectele doar în privința bunurilor expres prevăzute în contract, nefiind posibilă o interpretare extensivă. De asemenea, preciputul intervenea doar în situația acceptării comunității de către soția supraviețuitoare.

Într-un alt exemplu, de la 1739, preciputul era prevăzut în mod egal și reciproc în profitul ambilor soți.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare vom cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial din C. civ. napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept.

În dreptul civil francez *clauza de preciput* este definită astfel:

Preciput: „clause permettant au conjoint survivant de prélever, avant tout partage, une somme d'argent ou certains biens dans la masse a partager”.

Preciput: clauză ce permite soțului supraviețuitor să preia înaintea împărțelii succesoriale o sumă de bani sau anumite bunuri din masa succesorală.

C. civ. francez prevede în cadrul cărții a treia „Despre diferitele moduri de dobândire a proprietății” (Livre III: „Des différentes manieres dont on acquiert la propriété”), în art. 865 că *liberalitatea preciputară se impută asupra cotităţii disponibile; excedentul este supus reducţiunii* („la libéralité faite par préciput et hors part s'impute sur la quotité disponible; l'excédent est sujet a réduction”). Conform art. 924 C. civ. francez, *moştenitorul rezervatar gratificat prin preciput asupra cotităţii disponibile şi care acceptă succesiunea suportă reducţiunea în valoare; până la concurenţa drepturilor sale asupra rezervei, această reducţiune se va face cu prioritate; el poate pretinde totalitatea bunurilor obiect al legatelor, cu condiţia ca partea supusă reducţiunii să nu excedă rezerva sa* („L'héritier réservataire gratifié par préciput au-delà de la quotité disponible et qui accepte la succession supporte la réduction en valeur, comme il est dit a l'article 866; a concurrence de ses droits dans la réserve, cette réduction se fera en moins prenant. Il peut réclamer la totalité des objets légués, lorsque la portion réductible n'excede pas sa part de réserve”).

De menţionat că în cadrul dreptului civil francez se face distincţie între instituţia clauzei de preciput şi instituţia scutirii de raport; astfel, în art. 844 din C. civ. francez se prevede: *donăţiile făcute prin preciput sau cu scutire de raport nu pot fi pretinse asupra legatelor reclamate de moştenitorul ce vine la partaj decât până la concurenţa cotităţii disponibile: excedentul este supus reducţiunii* („Les dons faits par préciput ou avec dispense de rapport ne peuvent être retenus ni les legs réclamés par l'héritier venant à partage que jusqu'à concurrence de la quotité disponible: l'excédent est sujet à réduction”).

Specificăm faptul că referiri exprese la această clauză nu se fac decât în dreptul civil francez, în celelalte legislaţii naţionale existând reglementări doar în ce priveşte scutirea de raport.

În al cincilea rând vom face o exegeză a textului prin:

a) *Littera* - analiza gramaticală

Deși clauza de preciput este prevăzută doar în dreptul civil francez, ideea de preciput provine din cuvintele latine *prae*-înainte și *capere*-a lua sau din *praeberere*, a da, a furniza, în sensul de a lua cu anticipație, ca moștenire, și nu ca simplu avans asupra moștenirii.

Formularea legiuitorului „să preia fără plată” ni se pare oarecum ambiguă. Termenul „să preia” este susceptibil de interpretare, fiind posibil a însemna un transfer de proprietate sau al unui alt drept real (e.g.: uzufruct) cu titlu gratuit ori o simplă și dezinteresată folosință a unui anumit bun, până la realizarea partajului succesoral. În primul caz, soțul supraviețuitor este obligat la raport dacă se aduce atingere drepturilor moștenitorilor rezervatari, pe când în al doilea caz nu, deoarece nu se aduce atingere patrimoniului succesoral (e.g.: soții folosesc împreună autoturismul, deținut în coproprietate, iar prin convenția matrimonială dispun ca după decesul unuia dintre ei acesta să fie folosit în continuare de soțul supraviețuitor).

Din formularea alineatului întâi („...soțul supraviețuitor...înainte de împărțeala succesorală...”) rezultă că această clauză își produce efectele între data decesului unuia dintre soți și data efectuării împărțelii successorale, urmând ca după această dată să se definitiveze situația bunurilor ce fac obiectul clauzei.

Observăm totodată faptul că legiuitorul a prevăzut expres că această clauză poate avea ca obiect numai bunuri comune aflate în devălmășie sau în coproprietate.

Textul din alineatul al doilea face referire la „atingerea adusă moștenitorilor rezervatari”, fără a preciza care sunt aceștia. Această precizare expresă și-ar dovedi utilitatea în cazul în care s-ar aduce atingere rezervei soțului supraviețuitor, în ipoteza în care de cujus a săvârșit infracțiunea de bigamie iar soțul din căsătoria subsecventă este de bună credință. Astfel, în cazul în care se aduce atingere rezervei soțului supraviețuitor ar trebui sau nu să dăm efect dispozițiilor din alineatul al doilea? Ori legiuitorul ar trebui să prevadă expres o excepție în acest sens? De asemenea, această liberalitate nu poate fi supusă raportului decât dacă există liberalități anterioare cu privire la același bun.

Conform alineatului al treilea efectele clauzei se produc doar în cazul în care comunitatea soților nu încetează în timpul vieții acestora. Trebuie să restrângem aici analiza noastră specificând faptul că această caducitate operează doar în cazul intervenirii divorțului, clauza de preciput producându-și efectele în caz de partaj judiciar, de schimbare a regimului matrimonial și chiar în favoarea soțului de bună credință dintr-o căsătorie putativă; observăm astfel caracterul irevocabil al acestei clauze, singurele excepții posibile fiind în caz de divorț și în dauna soțului de rea credință din căsătoria putativă.

b) *Sententia* – contextualizarea, ce presupune, în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare

Prin clauza de preciput se dorește protejarea intereselor familiale, mai ales situația soțului supraviețuitor, care în trecut beneficia de drepturi succesoriale restrânse. Cunoaștem faptul că această nedreptate față de soțul supraviețuitor a fost oarecum înlăturată prin Legea nr. 319 din 1944. După cum prevede Proiectul noului C. civ. ar exista o extindere a drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în dauna descendenților. Astfel, este respectată voința soților de a se proteja reciproc față de drepturile succesoriale relativ extinse ale descendenților – așa cum prevede reglementarea noastră actuală. În dreptul francez, clauza și-a dovedit utilitatea prin faptul că soțul supraviețuitor nu mai trebuie să intre în concurs cu descendenții asupra cotației disponibile, evitându-se astfel situația absurdă și actualmente posibilă în dreptul nostru, când nu există dispoziții testamentare, de înlăturare a soțului supraviețuitor din casa în care a trăit împreună cu defunctul.

c) *Sensus* – identificarea sensului obscur, adică unul metafizic sau inițiatic

Art. 938 din C. civ. actual interzice sub sancțiunea nulității absolute donațiile mutuale între soți făcute în același act, cum ar fi de exemplu o dublă donație condiționată ce depinde de un singur eveniment viitor și nesigur (e.g. predecesul unuia dintre soți, la realizarea căruia devine efectivă numai una dintre donații, cea în favoarea donatarului supraviețuitor). Considerăm că prin introducerea clauzei de preciput în dreptul nostru se urmărește a se deroga de la principiul expus mai sus; astfel prin această clauză se permite ca în cadrul unei convenții matrimoniale să se realizeze o liberalitate reciprocă și irevocabilă asupra unor bunuri expres specificate. Este vorba despre o reciprocitate naturală, pentru că nu putem ști cine va fi soțul supraviețuitor.

La o primă impresie, ar părea că această clauză constituie o excepție de la principiul interdicției pactelor asupra succesiunilor nedeschise. În fapt, nu poate fi vorba decât de o aparentă excepție deoarece o eventuală înstrăinare a bunului la care se referă clauza ar presupune acordul ambilor soți ceea ce ar însemna o revocare mutuală a clauzei (aceasta deoarece bunurile sunt deținute în coproprietate sau devălmășie, nefiind vorba de bunuri proprii).

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada:

1. Pro auctoritas – teza

Introducerea clauzei de preciput are ca efect o extindere a drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor pentru că respectiva liberalitate nu va fi supusă raportului sau reducățiunii decât dacă prin aceasta se aduce atingere drepturilor moștenitorilor rezervatari, spre deosebire de situația în care, fără această clauză, ar fi obligat la raport dacă ar veni în concurs cu descendenții și nu ar exista scutire de raport.

2. *Contra auctoritas* – antiteza

Introducerea clauzei de preciput are ca efect o restrângere a drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor, deoarece fără această clauză ar fi obligat la raport doar dacă ar veni în concurs cu descendenții, existând posibilitatea pentru de cuius, dacă acesta dorește, de a-l scuti de raport pe soțul supraviețuitor. În cazul în care ar exista o asemenea clauză soțul supraviețuitor este obligat la raport dacă aduce atingere drepturilor tuturor moștenitorilor rezervatari, fiind evident dezavantajat în cazul în care nu ar exista descendenți.

3. *Dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum* – sinteza

Clauza de preciput trebuie privită ca un mod eficient de protejare a drepturilor soțului supraviețuitor pentru situația în care ar intra în concurs cu moștenitori ce pretind anumite drepturi asupra succesiunii, fie că aceștia sunt rezervatari sau nu.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Deși rezerva succesorală are un loc bine justificat între instituțiile dreptului civil, având în vedere tendințele actuale de a restrânge drepturile moștenitorilor rezervatari și implicit a rezervei acestora, clauza de preciput reprezintă încă un pas în acest sens, dar nu în favoarea persoanelor din afara familiei, ci în favoarea soțului supraviețuitor.

Această clauză, prevăzută în Proiectul noului C. civ., are natură contractuală și poate fi inserată numai într-o convenție matrimonială încheiată fie înaintea căsătoriei, fie în timpul mariajului. Totuși, în dreptul francez clauza de preciput se întâlnește și în cadrul contractelor de asigurare de viață, precum și referitor la contractele de asociație, discutându-se chiar și despre donații preciputare (cu aceleași efecte, însă fiind posibil a se încheia și în privința descendenților sau a altor moștenitori). Dat fiind faptul că în dreptul francez această extindere și-a dovedit utilitatea și în cadrul acestor materii, sugerăm ca legiuitorul român să aibă în vedere

și aceste situații.

Așa cum s-a mai susținut în literatura juridică română în condițiile dezvoltării vieții economice și sociale se impune *necesitatea revenirii la libertatea convențiilor matrimoniale*, clauza de preciput incluzându-se în această materie.

Bibliografie

1. Cristiana Mihaela Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000
2. Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a actualizată și completată, Ed. Univers Juridic, București, 2002
3. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil*, vol. III, Ed. All, București, 1998
4. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil. Régimes matrimoniaux*, Tome Quatrième, Premier Volume, Troisième édition, Édition Montchrestien, Paris, 1969
5. Claudia Roșu, *Necesitatea revenirii la libertatea convențiilor matrimoniale*, Revista Dreptul nr. 7 din 1999
6. François Terré, Philippe Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Ed. Dalloz, Paris, 1989
7. Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Ed. Rosetti, București, 2003

Site-uri¹

Coduri - http://lexinter.net/Legislation/codes_civils_dans_le_monde.htm

Consultanță - <http://www.thesaurus.fr/fiches/optimize.html>

<http://www.ccf.fr/particuliers/>

Istoric - <http://www.besner.org/1-27-Besner.fils terres.html>

<http://www.cyberbeach.net/~jrpellan/Louismar.htm>

<http://www.ifrance.com/poitou/rochechouart.htm>

Motor de căutare - <http://www.kalikoo.fr/>

Notariat - http://www.notaire.be/info/mariages/461_preciput.htm

Legislație - <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Lexic - <http://www.guidinvest.com/savoir/lexique.asp>

<http://onlinedictionary.datasegment.com/>

<http://www.patrimoine.fr/infos/lexique.html>

Senatul francez - <http://www.senat.fr/>

Social - <http://www.social.gouv.fr/>

<http://www.seloger.com/>

Studii juridice - <http://www2.univ-lille2.fr/droit/documentation/rtf/dolhen.rtf>

*

* *

¹ Ultima consultare 08.05.2005

Aliud est discere, aliud videri sibi didicisse¹

¹ „Una este să înveți, altceva să pari că ai învățat” (Sf. Augustinus, *De anima*, 2, 6, 10), p. 20.

SUBSTITUȚIA FIDEICOMISARĂ
SAU
VOINȚA DE DINCOLO DE MOARTE

Monica Elena Buruiană
Oana Mihăilă

PRIMUM DIVIDAM

În cele ce urmează, vom aborda una dintre cele mai îndrăznețe încercări normative de a sfida legile naturii, acordând voinței autoritate și dincolo de pragul morții.

Pentru a vă introduce în subiect, vom începe analiza textului prin prezentarea integrală a articolului avut în vedere, urmată de rezumatul său.

Lectura: art. 803 C. civ. – „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziții prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatarului, a eredelui numit sau a legatarului”.

Summa: sunt interzise orice mijloace juridice prin care o persoană ar urmări *mortis causa* să hotărască soarta unui bun pe parcursul mai multor generații.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă înfățișându-vă câteva situații concrete și încercând a identifica legătura dintre abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

Cazul I: Testatorul A lasă legat, printr-un testament autentic, proprietatea casei sale situată în Iași, pe strada Lascăr Catargi nr. 16 a fiului său B, cu însărcinarea de a nu o vinde sau greva și de a săvârși toate actele necesare conservării de-a lungul timpului. A îi impune, totodată, acestuia să o transmită *mortis causa* lui C (fiul lui B), care era născut la acel moment.

Cazul II: BM lasă prin testament olograf colecția sa de tablouri, cuprinzând lucrări ale unor artiști de valoare precum: Van Gogh, Salvador Dali, Gauguin, copilului său, inserând obligația ca tablourile să fie conservate și transmise către

descendenți, din generație în generație, astfel încât să rămână permanent în proprietatea familiei.

Pentru a generaliza conținutul substituției fideicomisare, putem spune că: *Primus* dispune în plină proprietate de un bun în favoarea lui *Secundus*, stipulând, însă, condiția ca *Secundus* să nu aibă dreptul de a înstrăina bunul, pe care, la decesul său, îl va transmite altui beneficiar, *Tertius*.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În cadrul acestei trepte metodologice, vom cerceta prima axă a investigației comparatiste, o axă verticală, pe scara istorico-evolutivă a regulii de drept încercând să scoatem în evidență caracterul pur aristocrat al instituției.

Pentru a înțelege mai bine importanța juridică pe care a avut-o de-a lungul timpului substituția fideicomisară, trebuie avută în vedere noțiunea de *fideicomis*, noțiune ce ar putea fi considerată „celula primară” în cadrul dezvoltării ulterioare a instituției pe care o analizăm.

Rădăcinile fideicomisului trebuie căutate adânc în abisul istoriei, mai exact în antichitate, când apăruse deja obiceiul de a face dispoziții de ultimă voință prin intermediul unei simple rugăminți adresate unei persoane de încredere, fie ea moștenitor sau orice altă persoană, aleasă de către cel ce lăsa moștenirea.

Mai târziu, datorită dezvoltării unor instituții juridice (testament, legat) care garantau mai bine ducerea la îndeplinire a dispozițiilor lui de cujus, această practică a fost trecută în umbră pentru o vreme. Însă, în epoca clasică romană, apare o nouă instituție – fideicomisul, considerată în literatura juridică o reacție la formalismul excesiv ce domina acele vremuri.

Instituția aceasta consta în dispoziția de ultimă voință, adică pentru cazul morții cuiva, prin care o persoană ruga pe cineva să facă sau să nu facă ceva, să dea un lucru, sau să nu înstrăineze un anumit bun, să întrețină un mormânt, sau să dea împrumut o sumă de bani¹.

Mult timp fideicomisul nu a fost sancționat juridic, iar îndeplinirea lui rămânea la bunul plac al persoanei grevate, de unde și numele de fideicomis sau *fideicomisum*, adică ceea ce s-a încredințat bunei credințe a cuiva. Se foloseau, de altfel, și alți termeni speciali, cum ar fi „fidei comitto” (încredințez) sau „rogo” (rog)². Era, astfel, o practică cu totul în afara reglementarilor juridice stricte. Credința că cel însărcinat își va îndeplini datoria nu se putea baza decât pe onestitatea și loialitatea (*fides*) persoanei căreia îi era încredințată. Era vorba de o rugămințe amicală în care nu aveau ce căuta exigențele impuse de reglementarea judecătorească.

Dezvoltarea relațiilor comerciale au reprezentat, însă, impulsul necesar

¹ Constantin Șt. Tomulescu, *Manual de drept privat roman*, Litografia și tipografia învățământului, București, 1958, p. 449.

² Julieta Manoliu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Fundației „Chemarea” Iași, 1995, p. 118.

adoptării acestei instituții întrucât cei plecați în țări îndepărtate nu mai aveau posibilitatea să facă formele cerute de testament; de unde necesitatea de a crea un instrument juridic care să le permită, fără forme, să dispună de bunurile lor după moarte. Fideicomisul s-a născut, deci, în interesul negustorilor (și cavalerilor, căci ei erau în cea mai mare parte negustori), în interesul, de fapt, al clasei dominante.

Până a lua forma substituției fideicomisare, fideicomisul a suferit mutații succesive, mai ales în privința sancțiunii sale juridice. Dacă în epoca veche romană, înainte de Augustus, nimeni nu putea fi silit să execute fideicomisul, existând doar o sancțiune morală și religioasă în cazul nerespectării, în epoca clasică, frecvența cazurilor în care fiduciarul nu-și îndeplinea promisiunea, l-a determinat pe Augustus să ofere fideicomisarilor posibilitatea de a se adresa consulilor. Nu beneficiau de o acțiune pentru a începe un proces contra fiduciarului, dar se puteau plânga consulilor care, în virtutea atribuțiilor cu care erau învestiți, puteau să-l oblige pe fideicomisar să-și îndeplinească datoria.

De asemenea, grație unui senatusconsult (*Senatusconsultum Pegasianum*), succesorul care refuza moștenirea din cauza enormității fideicomisului pe care îl avea de îndeplinit față de fideicomisar, putea fi constrâns, printr-o acțiune specială, să îi dea curs, pierzând astfel *quarta legitimă* ce îi era rezervată¹.

Apariția fideicomisului reprezintă o importanță deosebită în panteonul ideilor juridice, căci formele cerute pentru legate sau testament puteau fi eludate, dându-se, astfel, o lovitură grea formalismului. În acest sens, este reprezentativă părerea lui Gaius, care considera că fideicomisul a apărut pentru a eluda prevederile restrictive ale testamentelor și legatelor, pentru că în această formă, persoanele care nu aveau „*testamenti factio passiva*” puteau primi anumite bunuri din moștenire².

Din cauză că fideicomisul era un mijloc de eludare a legilor, acesta a suferit un proces de integrare în sistemul judiciar roman, astfel încât să se potrivească mai bine, fără a aduce atingere legilor caducare ale lui Augustus. Astfel, această instituție juridică a început să fie supusă legilor care prevedeau incapacități de ordin succesoral pentru anumite persoane. În același timp, anumite reguli de fond din materia legatelor sunt aplicate de jurisprudență și fideicomiselor, în timp ce libertatea de formă a fideicomisului începe să se aplice și legatelor.

În literatura de specialitate s-a făcut deosebirea între fideicomisele *de ereditate* și fideicomisele *de familie*. Dacă cele de familie priveau unul sau mai multe bunuri determinate, cele de ereditate aveau ca obiect o parte sau chiar întreaga moștenire.

În cazul fideicomisului de familie, dispunătorul lăsa un bun unei persoane sub forma unui fideicomis cu o condiție: ca la rândul ei, acea persoană să lase respectivul bun urmașilor săi, și așa mai departe. Prin urmare, avem o serie de transmisiuni având fiecare, ca dată, moartea persoanei grevate³. Așadar, prin

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. IV, Ed. Polirom, Iași, 2001, p. 1106-1107.

² Teodor Sâmbrian, *Drept roman: principii, instituții și texte celebre*, Ed. și presa „Șansa” SRL, București, 1994, p. 106.

³ Constantin Șt. Tomulescu, *op. cit.*, p. 451.

fideicomisul de familie, cetățenii romani urmăreau menținerea bunurilor în cadrul familiei pentru ca aceasta să-și conserve puterea economică și, implicit, pe cea politică.

Practic, fideicomisul de familie prezintă importanță nu atât prin faptul că era frecvent la Roma, ci mai mult pentru că a devenit celebru în dreptul francez sub numele de „substituție fideicomisară”, prin care nobilii urmăreau menținerea averii în familie. Dreptul celui dintâi născut, așa-numitul *privilegiu al primogeniturii*, nu era suficient pentru a asigura păstrarea bunului în familie, dacă cel ce moșteneva era, spre exemplu, risipitor. Datorită substituției, bunul devenea inalienabil, căci fideicomisarul era obligat a păstra bunurile până la moarte când erau transmise unei a doua persoane desemnate de către dispunător. Din această cauză, substituțiile fideicomisare au căpătat o largă dezvoltare în societatea feudală. În evul mediu, principala sursă de bogăție era pământul, moșia pe care proprietarul dorea să o păstreze întreagă, din generație în generație, în mâinile urmașilor săi.

Privilegiul primului născut, înlăturând împărțirea moștenirii, era, fără îndoială, un mijloc eficace de a păstra întregul avut al familiei. Totuși, acest mijloc, așa cum am mai precizat, era neîndestulător în cazul unui moștenitor neexperimentat sau stăpânit de patima risipei¹. De aceea, substituțiile aveau rostul să oprească, la fiecare generație, înstrăinarea sau grevarea bunurilor ce făceau obiectul substituției, pentru ca acestea să poată fi transmise, fără atingere, generației următoare.

Bogații erau, așadar, obligați să rămână bogați.

Însă, cu timpul, dezvoltarea mijloacelor de producție a adus cu sine ivirea burgheziei pe arena istoriei. Clasă în ascensiune la acel timp, burghezia începe să construiască, alături de modestele ateliere meșteșugărești ale epocii feudale, mari întreprinderi de manufactură, creând în felul acesta, între oameni, condițiile unor noi raporturi de producție. Manufacturile aveau, însă, nevoie de imobile pentru a se întemeia și a se dezvolta, de o producție agricolă sporită pentru ca muncitorii ce lucrau în ele să poată fi hrăniți. În același timp, cei ce produceau mărfurile, cât și comercianții care le distribuiau aveau nevoie de capitaluri, de credit pentru investiții și funcționarea întreprinderilor. Libera circulație a bunurilor, intensificarea producției agricole, siguranța creditului, erau condițiile cerute pentru ca noile raporturi economice să se poată dezvolta. Din pricina acestor condiții, nevoile economice ale burgheziei în ascensiune veneau în conflict cu vechile așezări juridice feudale, potrivite pentru o economie naturală, dar care alcătuiau tot atâtea frâne ce stânjeneau dezvoltarea producției și schimbul de mărfuri.

În special, substituțiile fideicomisare apăreau ca o piedică ce trebuia sfărmată. În primul rând, imobilizarea proprietății funciare timp de generații prin oprirea de a înstrăina și de a greva impusă substituțiilor succesivi, crea un fel de

¹ Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste Române*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 310.

„bunuri de mână moartă” familiale¹, în directă contradicție cu principiul liberei circulații a bunurilor.

În al doilea rând, grevatul, fiind obligat să transmită la moartea sa bunurile inalienabile pe care le-a moștenit, nu era decât un fel de uzufructuar. În sfârșit, clauzele de substituție, fiind oculate, alcătuiau o clauză de nesiguranță a creditului. Așa cum observa un autor francez din acele timpuri: în familiile cărora substituția le asigura conservarea celor mai mari averi, fiecare generație era pătată de un rușinos faliment.

Însă, odată cu revoluția franceză și cu preluarea puterii politice de către burghezie, instituția substituției fideicomisare a fost desființată, întrucât constituia un element discrepant cu ideile liberale ale noii cărmuiri. Astfel, în Codul francez de la 1804 s-a inserat dispoziția potrivit căreia substituția fideicomisară este prohibită sub sancțiunea nulității, cu excepția celor făcute de părinți în favoarea nepoților de fii sau de o persoană în favoarea copiilor fraților săi (art. 1048)². Trebuie, totuși, amintit faptul că atât în timpul lui Napoleon cât și în scurta perioadă a restaurației monarhiei din Franța, nevoia de a consolida tronul prin renașterea unei aristocrații puternice, a adus după sine, sub o formă sau alta, reînvierea vremelnică a substituțiilor fideicomisare³.

De remarcat, însă, felul în care a evoluat atitudinea burgheză față de instituția substituției fideicomisare. Dacă, la început, a fost hotărât ostilă acesteia, mai târziu, fără a îndrăzni, totuși, să reînvie pe față vechea instituție aristocrată, a sfârșit prin a recurge la procedee juridice prin care să obțină rezultate asemănătoare, dacă nu chiar identice cu cele ce decurgeau din instituția prohibită, cum ar fi fideicomisul fără obligație, legatul rămășitei sau al prisosului, sau dublul legat condițional.

În ceea ce privește reglementările vechiului drept românesc, acestea recunoșteau valabilitatea substituțiilor fideicomisare. Astfel, în „Adunarea” lui Andronache Donici, pravilă apărută în 1814, se face următoarea mențiune cu privire la substituția fideicomisară: „Asemenea poate să lase omul moștenirea sa la unul, îndatorându-l ca să ție și să păzească, sau toată moștenirea sau numai o parte dintrânsa pentru rânduitul moștenitor (care se numește în pravilă *fideicomisaru*) arătându-se foarte curat gândul și voința ce are. Deci, acela ce este însărcinat în fideicomisarul nu poate întru nici un chip a înstrăina vreun lucru din moștenirea ce i s-a încredințat a o păzi pentru altul”⁴.

În Codul Calimach apărut în anul 1817 la Iași și care cuprindea în materie testamentară dispoziții referitoare la limba de moarte, la formele testamentului, la revocarea și nulitatea testamentului, este, de asemenea, inserată o dispoziție ce privește substituția fideicomisară în art. 770: „după întâia rânduire de moștenitori

¹ *Ibidem*.

² Ion Dogaru, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 415.

³ Mihail Eliescu, *op. cit.*, p. 311.

⁴ Ion Dogaru, *op. cit.*, p. 216.

pote testatorul să facă și subrânduire (substituție) adică a doua, a treia, a patra, rânduie de moștenitori. Celi întâiu înscris moștenitorul se numește rânduie și moștenesce trăindu ori voindu sau nefăcându-se vrednicu moștenirii, iar cel de al doulea se numește subrânduie și moștenesce întâmplându-se a nu moșteni subrânduie și moștenesce murind sau lepădându-se de moștenire ori făcându-se nevrednicu și aceasta se numește obicinuita subrânduie”.

Și Codul Caragea a admis substituțiile fideicomisare, însă C. civ. român actual le-a interzis cu desăvârșire. Raționamentul care a stat la baza acestei interdicții absolute a constatat în faptul că substituțiile încalcă două principii generale de drept civil și anume: principiul liberei circulații a bunurilor și principiul potrivit căruia nimeni nu poate dispune decât pentru cazul morții sale. Într-adevăr, prin intermediul acestui mijloc juridic, dispunătorul scoate, practic, bunul din circuitul civil, obligându-l pe instituit să îl conserve și să-l remită substituitului după moartea sa. Pe de altă parte, testatorul își impune voința și cu privire la devoluțiunea moștenirii instituitului, fapt inadmisibil deoarece testamentul este un act juridic unilateral, solemn, esențialmente personal și irevocabil¹.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, vom urmări axa orizontală a operei de comparare, cuprinzând în cadrul analizei perspectiv exploratorii referințe la texte similare sau cu obiect asemănător din diferite legislații:

Codul civil francez

După definirea testamentului în art. 895, C. civ. napoleonian interzice în articolul următor substituțiile fideicomisare: „Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire”(art. 896).

Art. 897 spune că: „Sont exceptées des deux premiers paragraphes de l'article précédent les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et soeurs [...]”². Ne întâlnim, astfel, cu o primă situație de excepție pentru cazul rudelor apropiate.

Pe de altă parte, asemenea C. civ. român, sancțiunea nulității afectează întreaga dispoziție testamentară, nu doar substituția în sine, considerându-se că intră în contradicție cu dreptul natural și cu ideea de echitate³.

¹ *Ibidem*, p. 415.

² Code Civil Français, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

³ I. Salsmans, *Driot et morale – Déontologie juridique*, Paris, 1925, p. 165.

Codul civil mexican și argentinian

Și aici regăsim, în mare parte, concepția din Codul francez, cu mențiunea că, de data aceasta, nulitatea substituției fideicomisare nu afectează validitatea întregului legat, ci doar clauza fideicomisară¹. Este interesant de observat faptul că art. 1482 al Codului mexican consideră a fi fideicomisare și, în consecință interzise, dispozițiile ce includ interdicția de a înstrăina sau care cheamă un terț să preia ceea ce a rămas din bunurile transmise către primul moștenitor (așa-numitul „legat al rămășiței”). Astfel, dacă într-o primă parte, reglementările în materie ar fi părut mai permissive, observăm, în final, o răsfrângere a ariei de interzicere a substituției fideicomisare și în situații tolerate de legislațiile altor state.

Sistemele de drept germanic

Aici substituția fideicomisară este valabilă, dar numai în limita cotității disponibile și numai pentru un grad, deci nu poate fi succesivă sau veșnică².

Common-law

Dreptul anglo-american nu admite substituția fideicomisară, și, totuși, întâlnim aici o convenție care ne aduce aminte de aceasta: *trust-agreement*-ul. Este vorba de convenția prin care o persoană („settlor”) însărcinează pe o alta („trustee”) să-i administreze averea și să o predea beneficiarilor indicați de ea, fie în timpul vieții sale, fie după moartea sa. Această instituție nu poate fi considerată testament, ci un contract nenumit³. Caracteristica ar consta în aceea că se bazează pe încrederea exclusivă ce există între părțile contractante și pe executarea fidelă a sarcinilor stabilite.

În cazul în care acest *trust-agreement* a fost instituit în țara de origine a constituitorului, el poate fi recunoscut în țara noastră, urmând a produce efecte, dacă, desigur, nu contravine ordinii publice de drept internațional privat a țării⁴. Întrebarea care o punem este următoarea: oare aceasta convenție nu își are originea în substituția fideicomisară atât de contestată?

Codul civil spaniol

Acesta ne oferă una dintre cele mai interesante perspective, preluată pe filieră arabă, și anume: „Substituțiile fideicomisare conform cărora se impune moștenitorului să conserve și să transmită unui terț întreaga sau o parte din moștenire, vor fi valabile și vor produce efect, cât timp nu trec de al doilea grad sau dacă se fac în favoarea persoanelor în viață la data morții testatorului”. Se adaugă în

¹ Código civil de la Republica Mexicana, Libro 3, Capítulo VIII, art. 1472-1482, <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t2c8.html>, și <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas/nt990908.html>

² J. Guinand, M. Stettler, p. 100-104 *apud* Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 295.

³ Trib. Suprem, dec. nr. 7/1974, în *Culegere de decizii 1974*, p. 99.

⁴ Tribunalului Suprem, dec. nr. 1909/1973, în *Revista română de drept* nr. 6/1974, p. 74.

art. 783 : *chemările („llamamentos”) trebuie să fie exprese*¹.

Desigur că legiuitorul spaniol a trasat și câteva limite, astfel, art. 785 spune că „nu vor produce efect:

1. Substituțiile fideicomisare care nu sunt făcute într-o manieră expresă, dându-li-se această denumire și impunându-se instituitului obligația de a transmite bunurile către substituit.
2. Dispozițiile care includ interdicții perpetue de a transfera, [...] în afara limitelor stabilite de art. 781.
3. Cele care au ca obligație lăsarea unuia sau tuturor bunurilor din moștenire unei persoane pentru a le folosi conform instrucțiunilor comunicate de către testator”.

Având în vedere aceste dispoziții, se impun câteva precizări, în primul rând referitoare la limitarea prevăzută pentru gradul al doilea. Aceasta are în vedere situația în care testatorul ar dori să lase moștenirea unei persoane ce nu se află în viață la momentul deschiderii succesiunii; prin urmare, substituția fideicomisară nu trece, nici măcar în linie directă, mai departe de gradul al doilea, iar literatura spaniolă de specialitate explică faptul că acest grad nu se referă la generații, ci la numărul chemărilor la moștenire („segundo llamamento de los fideicomisarios”), cu excepția cazului în care toți cei chemați se află în viață. Prin urmare, este perfect legală și posibilă desemnarea a doi substituiți succesivi, gradul numărându-se fără a se lua în considerare și transmiterea moștenirii către instituit (prima persoană).

Având obligațiile de conservare și transmitere a bunurilor moștenite către substituit, instituitului i se recunosc și drepturi precum: dobândirea calității de moștenitor *ad tempus* (temporar) și de a deveni moștenitor definitiv în cazul inexistenței substituitului (spre exemplu situația în care acesta moare înaintea testatorului)².

QUINTUM COLLIGAM

În această parte, urmând exemplul școlii exegetice, vom interpreta textul de lege la modul strict literal și logico-formalist, având în vedere:

Littera (analiza gramaticală): „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziții prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatarului, a eredelui numit sau a legatarului”.

Este lesne de observat faptul că legiuitorul pornește de la trasarea succintă a

¹ Codigo civil Español, Titulo III, Capitulo II, art. 781-785,

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.I3t3.html#c2s3

²<http://www.jhbayo.com/public/foro/viewtopic.php?p=308&sid=bf27134099c421285f7108afa42a2409>

interdicției substituțiilor sau fideicomiselor, pentru ca, în continuare, să ne fie dezvăluite situațiile care, în concepția sa, se încadrează în această prohibiție. Deși textul în sine nu pare să ridice vreo controversă, câteva mențiuni sunt, totuși, necesare.

În primul rând, vom avea în vedere sensul termenilor utilizați. Prin „substituție” se înțelege o suborânduire sau o instituire în locul altuia ori după altul. Altfel spus, substituția este o dispoziție testamentară prin care o persoană este chemată să primească o liberalitate, fie în lipsa celui inițial gratificat, fie după acesta¹. Termenul de „fideicomis” provine din latinescul *fiducia*, -ae, care înseamnă încredere, buna-credință, lucru încredințat cuiva spre păstrare și *fideicomissum*, -i, adică ceea ce s-a încredințat bunei-credințe a cuiva. Nu în ultimul rând, trebuie menționat faptul că, în mitologia romană, exista zeița Fides a bunei-credințe, simbolul personificat al lealității. Cultul ei, după tradiție, a fost întemeiat de regele Numo Pompilius și a fost întotdeauna în strânsă legătură cu Jupiter.

Astfel, prin „substituție fideicomisară” se înțelege dispoziția prevăzută în actul de liberalitate – testament sau donație – prin care dispunătorul obligă pe beneficiarul liberalității (legatar sau donatar), numit și instituit sau grevat (fiduciar), să conserve bunurile primite și să le transmită, în tot sau în parte, la moartea sa, unei alte persoane, numită substituit (fideicomisar), desemnată tot de dispunător².

Pe de altă parte, dacă avem în vedere teza a doua a articolului în discuție, observăm că legiuitorul urmărește interzicerea nu doar a substituțiilor cuprinse în testamente (numite *fideicomise*), dar și a celor incluse în donații (pentru care folosește termenul mai general de *substituție*).

Tot de aici putem extrage și condițiile care se cer întrunite pentru a ne afla în prezența unei substituții fideicomisare. Mai întâi, dispunătorul (testator sau donator) trebuie să fi făcut, la persoane diferite, două sau mai multe liberalități, care au același obiect și care se execută succesiv. Prin urmare, instituitul dobândește obiectul liberalității de la dispunător, iar substituitul de la instituit, transmisiunile succesive cu titlu gratuit fiind despărțite una de cealaltă printr-o curgere de timp (*tractus temporis*)³.

Instituitul trebuie să fi fost obligat de dispunător să conserve bunul primit și să-l transmită la moartea sa unui substituit desemnat tot de către testator. Sub acest aspect, nu are relevanță faptul dacă substituitul nu este născut ori nici măcar conceput la data deschiderii succesiunii, interdicția legală găsindu-și aplicarea atât față de un substituit în viață, cât și față de unul neconceput⁴.

O a treia condiție este ca dreptul substituitului să se nască la moartea instituitului, astfel încât dispunătorul stabilește ordinea succesorală pentru cazul morții gratificatului. Din acest punct de vedere, substituția fideicomisară poate fi

¹ Dumitru Macovei, Marius Striblea, *Drept civil. Contracte. Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2000, p. 434.

² Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 292-293.

³ Francisc Deak, *op. cit.*, p. 293-294.

⁴ Dumitru Macovei, Marius Striblea, *op. cit.*, p. 435.

unică sau simplă, când dispunătorul stabilește un singur substituit, *graduală*, când stabilește doi sau mai mulți substituiți și *veșnică*, dacă operează în folosul descendenților la infinit¹.

Întrebarea care s-ar putea pune ține de natura dreptului transmis către instituit, avându-se în vedere faptul că el este *însărcinat a conserva* bunurile primite de la testator. Este de știut că dreptul de proprietate asupra unui bun întrunește trei atribute: posesia (*usus*), folosința (*fructus*) și dispoziția (*abusus*); însă instituitul nu poate înstrăina sau greva bunul primit, fiind ținut să îl conserve pentru a-l lăsa, la moartea sa, substituitului. Devine el, astfel, un proprietar în adevăratul sens al cuvântului? Calitatea instituitului se aseamănă destul de mult cu aceea a unui uzufructuar care se bucură de atributele posesiei și folosinței, dar cu obligația de a conserva substanța bunului respectiv.

În cazul în care oprirea substituțiilor fideicomisare a fost încălcată, art. 803 C. civ. lovește cu nulitate absolută nu numai cea de-a doua liberalitate făcută substituitului, dar și cea făcută instituitului. Această severitate a legii se explică prin teama legiuitorului ca grevatul să nu ducă benevol la îndeplinire voința autorului liberalității, executând substituția fideicomisară. Nulitatea va primi aplicare și în cazul în care substituția ar rezulta din două acte deosebite, însă numai dacă ele alcătuiesc un tot indivizibil. De asemenea și clauza penală prevăzută de testator împotriva moștenitorilor săi, pentru cazul în care aceștia ar ataca substituția fideicomisară, este lovită de nulitate absolută².

Există, totuși câteva instituții îngăduite de lege. Astfel, avem instituția *substituției vulgare*, o dispoziție prin care testatorul desemnează, în subsidiar, un al doilea gratificat care să beneficieze de liberalitatea făcută în favoarea primului gratificat, în cazul în care acesta nu va accepta sau nu va putea accepta legatul (art. 804 C. civ.).

O altă instituție îngăduită de lege este *dubla liberalitate în uzufruct și nudă proprietate* care constă în dispoziția prin care dispunătorul lasă uzufructul unui bun unei anumite persoane, iar nuda proprietate altei persoane (art. 805 C. civ.). În acest caz, obiectul liberalității nu este scos din circuitul civil, căci nudul proprietar poate înstrăina dreptul său, iar uzufructuarul poate ceda emolumentul dreptului său de uzufruct.

Sententia (contextualizarea): În această parte vom aborda subiectul în discuție din punct de vedere pluridisciplinar.

Sensul social și religios

Pentru a evidenția acest sens trebuie să avem în vedere faptul că însușirea

¹ Alexandru Bacaci, Gheorghe Comanița, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. ALL BECK, București, 2003, p. 142.

² Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste Române*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 318.

bunurilor ar trebui să aibă ca scop satisfacerea nevoilor fundamentale ale fiecăruia și nevoilor celor pe care îi are în grijă. Destinația universală a bunurilor rămâne primordială, chiar dacă promovarea binelui comun pretinde respectarea proprietății private, a dreptului la ea și a exercitării lui. Conform concepției creștine, în folosirea bunurilor, omul nu trebuie niciodată să considere lucrurile exterioare pe care le posedă ca fiind numai ale lui¹. Astfel, în virtutea caracterului absolut al dreptului de proprietate, proprietarul poate dispune de bun hotărându-i soarta, însă fără a-l scoate din circuitul civil.

Sensul economic

Pentru o mai bună reliefare a acestuia, pot fi avute în vedere teoriile cu privire la patrimoniu. În domeniul juridic, patrimoniul este reprezentat de totalitatea drepturilor și obligațiilor care aparțin unei persoane, și, mai mult decât atât, conform teoriei personaliste, el este și emanația personalității umane². Această concepție impune prezența unui principiu care să asigure supraviețuirea patrimoniului ca universalitate juridică dincolo de hotarul vieții omenești³. În dreptul roman se considera că defunctul își supraviețuiește în persoana moștenitorilor și că persoanele lor, deși din punct de vedere fizic sunt deosebite, totuși din punct de vedere juridic alcătuiesc una și aceeași persoană („Cum...nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus in eum transmittit hereditatem”)⁴.

În concepția economică, patrimoniul este format doar dintr-o multitudine de bunuri economice pe care agenții economici le folosesc pentru organizarea activității lor în domeniul producției și al circulației⁵. Codurile din secolul al XIX-lea au considerat substituția fideicomisară ca fiind contrară principiului liberei circulații a bunurilor și, prin urmare, au îndepărtat-o în baza unei decizii cu caracter economic⁶. Perspectiva este în concordanță și cu ideile promovate de Marx și Engels care au susținut necesitatea obiectivă a comunizării bunurilor, spre deosebire de Aristotel, Auguste Comte sau Stuart Mill care au subliniat avantajele proprietății private ca și garanție a libertății individuale și familiale⁷.

Sensul politic

Acesta trebuie căutat pe axa timpului, și va observa faptul că instituția fideicomisară constituia o modalitate a proprietății funciare care stânjenea creșterea producției agricole într-un moment în care nașterea industriei moderne reclama o sporire a acestei producții. Este vorba de liberalitatea și egalitatea burgheză care,

¹ *Catehismul Bisericii Catolice*, Arhiepiscopia Romano-Catolică de București, 1993, p. 498.

² Liviu Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 10-11.

³ Basarab Sion, *Principiul continuității persoanei defunctului. Teză de doctorat în științe juridice*, Tipografia Alexandru A. Țerek”, Iași, 1938, p. 9-10.

⁴ Basarab Sion, *op. cit.*, p. 12.

⁵ <http://stec.central.ucv.ro/ecsci/idd/cursuri/bazele%20contab/capitolul2.htm>

⁶ http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/fideicimiso_usufructo.PDF

⁷ Liviu Pop, *op. cit.*, p. 38-39.

prin opoziție cu instituțiile dreptului feudal, reprezentau în acea vreme un progres, iar instituțiile fideicomisare constituiau un impediment ce trebuia înlăturată¹.

Totuși, întrebarea ar fi dacă motivele care au dus la interzicerea substituțiilor fideicomisare se mențin cu aceeași putere și în zilele noastre. Trebuie să avem în vedere faptul că există legislații care au găsit o soluție de compromis în dorința de a oferi posibilitatea individului ca, pe patul de moarte, să întrezărească, în anumite condiții, soarta bunurilor sale și pentru momentul în care nu va mai fi, iar în legislațiile care nu admit substituțiile fideicomisare există voci care reclamă necesitatea depășirii acestor limite. Astfel, literatura de specialitate franceză recomandă: „Asigurați-vă transmiterea către mai multe generații a patrimoniului dumneavoastră! Fapt care este de dorit în beneficiul copiilor voștri [...]. Soluțiile există, însă necesită o înțelegere la nivel global cu privire la *structura familială* și *controlul tehnicilor de anticipare succesorală* (precum substituția fideicomisară)”².

Sensus – identificarea sensului obscur

Vom încerca să descoperim sensul metafizic, inițiativ, al textului de lege analizat în această lucrare, pornind de la premisa că substituția fideicomisară comportă două planuri existențiale: *unul pozitiv*, în care lipsa acesteia era de neconceput, substituția constituind, practic, unul dintre pilonii organizării societății feudale și *unul negativ*, în care interzicerea instituției juridice este cerută la modul imperativ de o societate care pare să pună accent mai mult pe factorul de comerț, economic decât pe cel afectiv.

Dacă este să analizăm primul plan, cel pozitiv, și să încercăm întrevederea unui posibil sens ascuns, ocult, atunci, în mod indubitabil, acesta ar fi strâns legat de voința lui de cujus și de structura ierarhică a familiei vechi. În dreptul roman, *pater familias* era cel care hotăra soarta tuturor membrilor familiei. Era o prerogativă asemănătoare cu cea a unui suveran și, se știe, că este dificil a se renunța la un asemenea statut. De aceea, șeful de familie a căutat să-și conserve și după moarte puterea ce o avea asupra celorlalți. Fideicomisul de familie și, mai apoi, substituția fideicomisară în dreptul feudal, erau mijloace juridice care permiteau „eternizarea” voinței lui *de cujus*. Astăzi, acest lucru ar părea probabil o dovadă de egoism, însă, atunci, era necesar și pentru păstrarea legăturilor sociale și economice, întrucât, după cum am mai menționat, descendentul era privit ca un adevărat continuator al personalității lui de cujus, în sensul că defunctul supraviețuia în persoana moștenitorului, din punct de vedere juridic, alcătuiind una și aceeași persoană.

De ce era importantă această ficțiune? Răspunsul trebuie căutat în caracterul personal al obligației la romani, din care decurgea intransmisibilitatea sa atât între vii cât și cu ocazia morții. Rolul ficțiunii continuării personalității lui de cujus de către moștenitorii săi era de a asigura transmiterea către aceștia a obligațiilor și, în

¹ Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste Române*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 310-311.

² <http://www.thesaurus.fr/html/fra/page-24.html>

general, a tuturor raporturilor de drept, care alcătuiau acel „universum jus defuncti”¹.

Dar acesta a fost doar punctul de plecare. În scurt timp, s-a observat că, dacă, o singură persoană hotărăște indisponibilizarea unei averi sau a unei părți din avere prin substituție fideicomisară, atunci ar rezulta că cei care-i vor urma nu vor avea cum să sărăcească (pentru că nu vor putea) și astfel, averea familiei ar crește prin introducerea unor noi bunuri sau, în cel mai rău caz, ar rămâne aceeași. Era o soluție preferată de majoritatea familiilor nobile din perioada feudală pentru că-și puteau asigura puterea economică și politică.

În cazul celui de-al doilea plan existențial - cel negativ -remarcăm faptul că sensul ocult nu este chiar atât de diferit de sensul planului existențial pozitiv.

La prima vedere s-ar putea spune că, datorită evoluției principiilor sociale, sintetizate atât de expresiv în sloganul revoluției franceze: „liberté, égalité, fraternité”, interzicerea substituției fideicomisare s-ar fi datorat tocmai încercării de a acorda tuturor șansa de a se afirma în cadrul societății și, în același timp, de a eluda voința unuia singur impusă din generație în generație. Dacă ar fi așa, ar însemna că în statele cu o puternică tradiție liberală ar trebui ca substituția fideicomisară să fie interzisă cu desăvârșire. Cu toate acestea, vedem că în legislația franceză s-a păstrat substituția fideicomisară, cu unele limitări, ce-i drept, dar nu i s-a schimbat natura juridică; în legislația spaniolă s-a întâmplat același lucru, iar în statele a căror legislație aparține sistemului de *common law*, există o instituție, dacă nu echivalentă, cel puțin foarte asemănătoare cu substituția fideicomisară: *contractul trust*. Problema mai interesantă apare abia atunci când analizăm legislațiile fostelor state din blocul comunist în care substituția este sancționată cu nulitatea absolută. Concluzia?

Așa cum sancționarea substituției fideicomisare a fost făcută în scopul acaparării și păstrării puterii economice și politice de către o anumită parte a societății feudale, tot așa, prin interzicerea substituției fideicomisare s-a realizat același interes, de data aceasta, câteva sute de ani mai târziu. Substituția fideicomisară, prin faptul că acorda credit voinței individuale, nu se încadra în noua orânduire socială. Chiar și acceptarea ei într-o formă mai moderată ar fi contrazis dur întreaga filosofie comunistă.

Este interesant cum aceeași instituție juridică, folosită în moduri diametral opuse și denaturându-i-se adevăratul scop, a dat naștere aceluiași rezultat.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În a șasea treaptă metodologică, vom cerceta eventualele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca a lămuri ideile aflate în antiteză, după metoda dialectică ce este consacrată în triada : teză - antiteză - sinteză.

¹ Basarab Sion, *op. cit.*, p. 13.

Teza (*pro auctoritas*): Teza constă în ideea că orice dispoziție testamentară prin care autorul liberalității obligă pe gratificat să păstreze bunurile primite și să le transmită la moartea sa unei alte persoane desemnate tot de către dispunător, este nulă.

În principiu, fiecare persoană poate dispune după cum dorește de bunurile sale prin acte pentru cauză de moarte, deoarece legea consacră principiul libertății testamentare. Această libertate nu este, totuși, absolută, ci ea se exercită ținând seama de anumite limite stabilite imperativ de lege, cum ar fi:

- a) orice persoană poate dispune de patrimoniul ei pentru cauză de moarte numai prin testament, care este un act juridic esențialmente revocabil, iar nu și pe cale contractuală, pactele asupra unei succesiuni viitoare fiind oprite de lege;
- b) legea protejează anumite categorii de moștenitori care au dreptul la rezerva succesorală, astfel că liberalitățile, fie *inter vivos*, fie *mortis causa*, nu se vor putea face decât dacă nu se depășește cota disponibilă, în caz contrar fiind supuse reducăunii;
- c) actul juridic de ultimă voință al testatorului nu va produce efecte decât în cazul în care respectă condițiile de validitate impuse de lege, testamentul fiind un act solemn;
- d) în sfârșit, sunt interzise substituțiile fideicomisare.

De ce sunt interzise substituțiile fideicomisare?

Așa cum am putut observa în analiza de până acum, instituția substituției încalcă principii generale de drept comun, nesocotind ordinea publică (atât politică, economică, cât și pe cea socială).

Între aceste principii amintim, în primul rând, pe cel al *liberei circulații a bunurilor*, principiu ce este anihilat de substituție, pentru că se impune instituitului păstrarea bunului până la moartea sa și transmiterea acestuia la substituit, extrăgându-l, astfel, din circuitul civil¹. Substituția contravine, de asemenea, și dreptului proprietarului de a dispune liber și absolut de bunul său (art. 480 C. civ.), drept garantat și prin Constituție.

Totuși, un bun poate fi declarat inalienabil prin voința părților numai dacă există un interes serios și legitim și pe o perioadă determinată de timp².

Apoi, se aduce atingere principiului *libertății de dispoziție pentru cauză de moarte*, întrucât instituitul nu are dreptul de alegere, ci trebuie să transmită bunul substituitului, care nu este desemnat de către el, ci de către primul testator, care-și impune, așadar, voința sa în stabilirea unei ordini succesoriale simple, graduale sau veșnice, funcție de felul substituției, ceea ce nu este îngăduit. Un alt aspect ar consta în aceea că argumentul de bază în susținerea eficienței substituției fideicomisare este acordarea unei libertăți de voință cât mai extinse; însă, încercând să se protejeze voința testatorului inițial, nu se aduce, oare, atingere libertății de voință a

¹ Al. Bacaci, Gh. Comănița, *op. cit.*, p. 140.

² Ion Dogaru, *op. cit.*, p. 417.

testatorului subsecvent? Nu cumva este vorba de același drept pe care, pe de o parte încercăm să îl protejăm și, pe de altă parte, îl limităm?

Nimeni nu are puterea de a dispune *mortis causa* în numele altei persoane și nimeni nu are dreptul de a scoate anumite bunuri din circuitul civil. Bine s-a spus că dacă s-ar admite ca testatorul sau donatorul să poată, prin simpla lor voință, să rânduiască devoluțiunea unor bunuri din generație în generație, adică să-și impună voința lor și chiar să înlăture de mai înainte voința propriilor moștenitori, atunci testamentul nu ar mai fi un act unilateral și personal, ci un „act în numele altora”, ceea ce este străin de firea lucrurilor¹.

Antiteza (*contra auctoritas*): Își are rădăcinile în timpurile vechi, când se acorda o mai mare importanță voinței individuale, spre deosebire de timpurile noastre, în care balanța înclină către protejarea voinței generale. De altfel, atunci când voința socială a reușit să se impună pe scena istoriei, și acest moment ar coincide cu adoptarea C. civ. francez din 1804, substituția fideicomisară a fost interzisă, lucru care reflectă, de fapt, importanța acordată interesului general.

În dreptul succesoral roman, valoarea termenului „*successio*” apare ca fiind fundamentală pentru fiecare individ care, prin moarte, transmite întregul patrimoniu și, prin aceasta, rămâne ca o simbolică prezență în iluzia continuității sau permanenței. Pe de altă parte, trebuie avut în vedere și primatul care a fost acordat, de-a lungul timpului, succesiunii testamentare, față de cea legală, fapt consacrat și în legea decemvirală (*Lex duodecim Tabularum*). Astfel, ideea preempțiunii succesiunii testamentare față de cea legitimă a constituit un prim principiu în câmpul reglementărilor succesoriale de drept roman. Această preponderență a succesiunii testamentare anunță o epocă de continue liberalizări, de afirmare a voinței individuale, de tip privatist și de îndepărtare a modelelor ancestrale, gentilice, paternaliste².

Ideea transmiterii patrimoniului prin testament a apărut ca o extindere a pactului de donație; este o modalitate care permite „eternizarea” stăpânirii bunurilor astfel încât, după moartea proprietarului, să nu se resimtă dispariția totală a prerogativelor sale. Putem spune că prerogativele stăpânirii se transmit, și nu dispar pur și simplu, precum subiectul lor anterior care a decedat; patrimoniul se transmite, nu piere³.

Antiteza ar consta în aceea că principiul libertății testamentare ar trebui să fie absolut, deci nelimitat de lege. *De cujus* din dreptul roman avea puterea de a hotărî ce se va întâmpla cu bunurile sale după moarte, alegând modul lor de folosire și destinația acestora după momentul când el nu va mai fi fost. Astfel, substituția era o modalitate juridică prin care de cujus, normativ vorbind, rămânea în sânul familiei sale, sfidând, într-un fel, legile naturii atât de stricte și cu privire la care nu existau si

¹ M. Popa, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Oscar Print, București, 1995, p. 123.

² Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. IV, Ed. Polirom, Iași, 2001, p. 1037, 1044.

³ *Ibidem*, p. 1042-1043.

încă nu există excepții.

Sinteza: Încercând o conciliere a celor două perspective diametral opuse reliefate mai sus, considerăm că este nevoie de o nouă abordare, în sensul menținerii unui anumit echilibru între voința lui de cujus și protejarea interesului general.

Am văzut că substituția fideicomisară încalcă principiile generale privitoare la libera circulație a bunurilor, la libertatea de a testa, la dreptul absolut de proprietate. Cu toate acestea, în unele legislații europene, cum ar fi cea franceză sau spaniolă, substituția a fost admisă, ce-i drept, într-o manieră moderată:

1. substituția fideicomisară să nu treacă de gradul al II-lea;
2. să fie făcută în favoarea persoanelor ce trăiesc la data morții testatorului;
3. să fie făcută de părinți în favoarea nepoților de fii sau de o persoană în favoarea copiilor fraților săi.

Se poate observa că puntea de legătură dintre aceste reglementari o constituie tocmai caracterul vremelnic, perioada de timp determinată și limitată ce însoțește instituția substituției fideicomisare.

Dacă este să le interpretăm prin extinderea la dreptul nostru, aceste modalități ale substituției fideicomisare s-ar putea încadra la regula potrivit căreia un bun poate fi declarat inalienabil prin voința părților numai pe o perioadă determinată de timp. Însă problema s-ar pune în legătură cu partea a doua a regulii de drept, care precizează că inalienabilitatea se poate declara dacă se face dovada existenței unui interes serios și legitim¹. S-ar pune, astfel, întrebarea dacă acest interes nu poate fi reprezentat tocmai de dorința de respecta voința cuiva care dorește ca unul sau mai multe bunuri de ale sale să fie transmise, după moarte, anumitor persoane față de care simte o afecțiune profundă, dorind ca acestea să se bucure de respectivele bunuri.

Aceasta ar însemna, totuși o mai mare libertate de voință acordată celui care urmează să testeze, libertate care, în momentul de față, este înfrântă de către legiuitor, lucru datorat, probabil, și influenței celor 50 de ani de dictatură comunistă în care a fost adulată voința de clasă.

Totuși, practica a contrabalansat interdicția legală creând câteva procedee care, strict teoretic, nu îndeplinesc condițiile unei substituții fideicomisare, dar practic, scopul urmărit este asemănător.

Astfel, *fideicomisul fără obligație* vizează liberalitatea prin care primul gratificat nu are obligația de a păstra bunurile până la moartea sa, pentru ca apoi să le transmită celui de-al doilea gratificat, desemnat tot de către testator, ci i se adresează numai o rugămintă în acest sens, în măsura în care bunurile vor mai exista în patrimoniul său. Bineînțeles, instituitul va putea gratifica pe substituit îndeplinind astfel rugămintea dispunătorului, dar ceea ce este esențial este faptul că instituitul păstrează întreaga libertate de a dispune după cum dorește de bunurile legate, deci

¹ Ion Dogaru, *op. cit.*, p. 417.

acest procedeu juridic este considerat a fi valabil¹.

În al doilea rând, *legatul rămășiței* (*de eo quod residuo*) este o liberalitate prin care dispunătorul îl obligă pe gratificat să transmită la moartea sa ceea ce a mai rămas din bunurile primite, în favoarea altei persoane. Se observă că, prin această dispoziție, bunurile nu devin inalienabile deoarece gratificatul nu este obligat să le conserve, putând să dispună de ele cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. Totuși, se trece, poate prea ușor cu vederea peste faptul că se încalcă un principiu cu valoare generală, conform căruia nimeni nu poate dispune pentru cazul morții altei persoane².

Dublul legat condițional este dispoziția prin care testatorul face două legate, având același obiect, în favoarea a două persoane, dar sub aceeași condiție, care este rezolutorie pentru primul gratificat și suspensivă pentru cel de-al doilea. De exemplu, casa testatorului este lăsată legatarului A sub condiția rezolutorie a morții acestuia fără a avea copii; sub aceeași condiție – moartea lui A fără posteritate – dar cu efect suspensiv, casa este lăsată legatarului B. Se va considera că legatarul, al cărui drept va fi consolidat prin realizarea condiției, primește bunurile direct de la testator, motiv pentru care el trebuie să fie o persoană născută (sau concepută) la data deschiderii succesiunii dispunătorului, iar nu la moartea primului gratificat³.

În literatura de specialitate se consideră că dublul legat condițional nu este valabil.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificările instituției sancționate de art. 803 C. civ. prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor, și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Vom analiza, astfel, argumentele care stau la baza interdicției din art. 803 C. civ. Primul, și cel mai important dintre acestea, constă în faptul că nimeni nu-și poate impune voința în detrimentul alteia, stabilind, astfel, o ordine succesorală graduală sau veșnică. Faptul că un om are dreptul să hotărască ce se va întâmpla cu bunurile sale după moartea sa este în acord cu respectul, cu pietatea pe care o avem pentru cel aflat pe patul de moarte și nu este contrar rațiunii. Însă, împrejurarea ca un om să poată avea puterea să determine modul în care vor dispune moștenitorii săi de bunurile pe care acesta le lasă și, tot așa, la infinit, nu are nici o bază morală și nu-și găsește argumentarea în respectul datorat lui de cujus. Este general admis faptul că pământul constituie proprietatea fiecărei generații. Nu pare admisibil ca o

¹ Ion Dogaru, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 420.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 421.

generație să o restricționeze pe cea care va să vină în ceea ce privește puterea de dispoziție și de folosință a planetei noastre. De asemenea, pare imposibil și absurd ca strămoșii noștri, care au trăit acum 500 de ani, să aibă dreptul de a hotărî cu privire la proprietățile noastre. Totuși, dificultatea constă în a găsi după cât timp ar trebui să înceteze puterea cu care a fost investit de cujus de a dispune de bunurile sale. Nu exista o perioadă de timp evidentă la sfârșitul căreia ar înceta acest drept și tocmai această lacună, această imposibilitate de determinare a perioadei de timp a permis, în evul mediu, introducerea dispoziției referitoare la substituția fideicomisară, în aproape toate legislațiile europene.

Literatura de specialitate a consacrat regula potrivit căreia ar trebui permis persoanei aflate pe patul de moarte să dispună de bunurile sale cât de departe vede ea, adică să hotărască modul în care vor fi folosite, însă doar de către cei care trăiesc în același timp cu ea. Este foarte posibil ca între cei ce trăiesc în același timp cu *de cujus* și acesta să existe relații de afectivitate. Astfel, s-ar putea permite lui de cujus, ca, într-o modalitate cu totul rezonabilă, să hotărască destinația și modul de folosință a bunurilor sale cu privire la acele persoane. Însă, în mod clar, nu poate exista afectivitate pentru persoanele care nu sunt încă născute, de aceea, regula nu s-ar putea extinde și în privința acestora.

Pe de altă parte, substituția fideicomisară, prin dreptul pe care îl acordă, prejudiciază, comunitatea, relațiile economice, pentru că exclude totalmente comerțului bunurile ce fac obiectul acestei modalități juridice. Interesul statului cere ca bunurile să se afle în circuitul civil.

Totuși, fost arătat că în momentul în care, spre exemplu, un imobil se află în circuitul civil și i se schimbă proprietarii în mod frecvent, este foarte posibil să fie mai bine administrat. Un exemplu în acest sens s-ar putea referi la terenurile aflate în preajma marilor orașe, terenuri la care se schimbă des proprietarii și sunt mult mai bine cultivate decât cele aflate la o distanță mai mare și care stau mai mult timp în posesia unei singure familii.

Cu toate că, de-a lungul timpului, substituția fideicomisară a fost în egală măsură susținută dar și combătută, trebuie totuși să recunoaștem meritul de a fi acordat importanța cuvenită tradiției, regulilor lăsate din generație în generație de către un *pater familias* autoritar, dar, în același timp, protector cu membrii familiei sale. Căci, ce poate fi mai elementar decât să-ți cunoști rădăcinile pentru a ști încotro te îndrepti!

Bibliografie

1. Alexandru BACACI, Gh. COMĂNIȚA, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. ALL BECK, București, 2003
2. Valerius M. CIUCĂ, *Lecții de drept roman*, Ed. Polirom, Iași, 2001
3. Francisc DEAK, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002
4. Ion DOGARU, *Drept civil. Succesiunile*, Ed. All Beck, București, 2003
5. Mihai ELIESCU, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste Române*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966
6. Dumitru MACOVEI, Marius S. STRIBLEA, *Drept civil. Contracte. Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2000
7. Julieta MANOLIU, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Fundației Chemarea Iași, 1995
8. Liviu POP, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. LUMINA LEX, București, 2001
9. M. POPA, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Oscar Print, București, 1995
10. J. SALSMAINS, *Droit et morale – Déontologie juridique*, Paris, 1925
11. Teodor SÂMBRIAN, *Drept roman: principii, instituții și texte celebre*, Ed. Șansa SRL, București, 1994
12. Basarab SION, *Principiul continuității persoanei defunctului. Teză de doctorat în științele juridice*, Tipografia Alexandru A. Țerek, Iași, 1938
13. Constantin Șt. TOMULESCU, *Manual de drept privat roman*, Litografia și tipografia învățământului, București, 1958
14. *Catehismul Bisericii Catolice*, Arhiepiscopia Romano-Catolică de București, 1993
15. Tribunalului Suprem, dec. nr. 7/1974, în *Culegere de decizii* 1974
16. Tribunalului Suprem, dec. nr. 1909/1973, în *Revista româna de drept* nr. 6/1974
17. <http://www.legifrance.gouv.fr/> (03.10.2005)
18. <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t2c8.html> (25.10.2005)
19. <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas/nt990908.html> (03.10.2005)
20. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l3t3.html#c2s3 (30.09.2005)
21. <http://www.jhbayo.com/public/foro/viewtopic.php?p=308&sid=bf27134099c421285f7108afa42a2409> (03.10.2005)
22. <http://stec.central.ucv.ro/ecsci/idd/cursuri/bazele%20contab/capitolul2.htm> (10.10.2005)
23. http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/fideicimiso_usufructo.PDF (30.09.2005)
24. <http://www.thesaurus.fr/html/fra/page-24.html> (3.10.2005)

*

* *

*Institutiones amaras radices,
fructus autem dulces sunt¹*

¹ „Rădăcinile educației sunt amare, dar fructele ei sunt dulci” (Aristoteles), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 126.

PARTAJUL DE ASCENDENT, VESTIGIU AL JUSTIȚIEI PRIVATE?

Raluca Soroceanu
Rareș-Iulian Rotărescu

În această lucrare vom aborda o instituție care îndeamnă la meditație atât cu privire la respectul datorat voinței individului cât și la protejarea relațiilor de familie în cadrul societății.

Cu toții știm ce este un partaj – împărțirea unor bunuri pentru a pune capăt unei stări de indiviziune.

Partajul poate fi atât voluntar, realizat prin acordul copărtașilor, cât și judecătoresc, efectuat prin intermediul instanței judecătorești. Dar, potrivit C. civ., ca o excepție de la cazurile de mai sus, partajul poate fi făcut și din inițiativa sau sub influența ascendenților sau a unuia dintre ei.

Pe calea celor șapte trepte exegetice ale scolii dreptului organic vom analiza unul dintre cele șase articole¹, care se refera la această modalitate a împărțelii, în speță articolul 795 C. civ.

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând vom analiza textul juridic prin *lectura* și *summa*.

Lectura – prezentarea integrală a textului de lege, eventual interpolat: art. 794 C. civ. „Tatăl, mama și ceilalți ascendenți pot face împărțeala bunurilor lor între fii și ceilalți descendenți”; art. 795 C. civ. „Această împărțeală se poate face prin acte între vii, sau prin testament, cu formele, condițiile și regulile prescrise pentru donațiuni între vii și pentru testamente. Împărțeala făcută prin acte între vii nu poate avea de obiect decât bunurile prezente”.

Summa – rezumatul textului: Partajul reprezintă un mijloc specific pentru a pune capăt stării de indiviziune. Partajul de ascendent nu reprezintă propriu zis o ieșire din starea de indiviziune, ci are drept scop preîntâmpinarea unei astfel de

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept privat comparat. O introducere în hermeneutica dreptului privat comparat*, Ed. Polirom, Iași, 2004, p. 159.

stări¹. Descendenții primesc anticipat cote din moștenirea ascendentului prin una din cele două forme de acte juridice reglementate de C. civ.; donație sau testament, cu respectarea tuturor condițiilor pentru aceste acte.

Dispozițiile fiind de strictă interpretare, nu pot fi extinse prin analogie. Împărțeala de ascendent, când se face printr-o donație, are ca obiect bunurile prezente, deoarece în sens contrar s-ar încălca principiul irevocabilității.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, imaginară, identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică, operă de diagnoză juridică.

Mărturisim că am întâmpinat reale dificultăți pentru a găsi în practica românească o cazuistică a partajului de ascendent.

Cu toate acestea vom ilustra câteva cazuri practice, în care se pune problema aplicării acestei instituții.

1. Părinții au împărțit totalitatea bunurilor comune ce le dețineau descendenților lor în vederea căsătoriei.

2. Un ascendent ce are doi fii dintr-o căsătorie anterioară se căsătorește cu o persoană care la rândul ei are o fiică. Ascendentul realizează un partaj prin care lasă trei părți din bunuri fiilor săi, iar fiicei din căsătoria subsecventă restul de o parte. Între aceste bunuri se aflau însă și unele bunuri mobile ce aparțineau persoanei cu care s-a căsătorit.

3. Un ascendent include în cadrul unui partaj, pe lângă cei doi descendenți, și pe soțul supraviețuitor, acordându-i o cotă de o zecime, iar celor doi ascendenți la un loc trei părți, rămânând ca restul bunurilor într-o cotă de $\frac{3}{20}$ să fie nepartajate. Aceste bunuri sunt suficiente pentru a complini rezerva soțului supraviețuitor cu o cotă de $\frac{1}{40}$, rămânând să fie împărțite, potrivit dreptului comun, o optime din bunuri.

4. Doi părinți dispun pe calea donației-partaj atât de bunurile proprii, cât și de bunurile comune, în favoarea descendenților lor, prin același act.

5. Un părinte are doi fii, unul din ei având aptitudinea de a cultiva și întreține terenul agricol aparținând părintelui său. Celălalt are posibilități economice mai mari și deci mijloace suficiente de a exploata un asemenea teren. Ascendentul lasă terenul prin partaj de ascendent fiului care l-a ajutat la cultivarea lui, iar celuilalt o cotă dublă din rezerva ce-i revenea prin lege.

6. Un ascendent include în împărțeală și pe un descendent predecedat, nedorind ca averea sa să revină celor doi fii ai acestuia, deoarece îndeletnicirile lor contraveneau concepțiilor sale.

7. Un părinte dispune în favoarea descendentului său printr-un act cu titlu

¹ Valerius M. Ciucă, *Procedura partajului succesoral*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 186.

gratuit cu sarcina de a împărți bunurile sale celorlalți doi descendenți, conform cotelor arătate în acest act.

8. Părinții gratifică pe fiecare din copiii lor cu o cotă-parte indiviză dintr-un imobil, în lipsa repartizării individuale.

9. Ascendentul atribuie un domeniu agricol unui descendent, cu obligația de a plăti pe ceilalți copii ai săi cu sultele corespunzătoare, indiferent dacă sunt plătite în timpul vieții acestuia sau după decesul lui.

10. Un descendent face un act de renunțare la cota sa eventuală din moștenire, iar ascendentul, luând cunoștință de acest act, îl omite intenționat din partajul realizat.

Rămâne ca soluțiile spețelor prezentate să încercăm să le oferim pe parcursul lucrării.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, vom cerceta prima axă a investigației comparatiste, cea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept.

Instituția e veche, fiind cunoscută încă din orânduirea sclavagistă¹. În dreptul roman, părintele, în temeiul puterii părintești – *patria potestas*, putea să-și împartă avutul între copii.

Această idee corespundea organizării patriarhale a familiei, în care puterea aparținea șefului de familie, *pater familias*, a cărui autoritate unică și nelimitată se extindea asupra tuturor membrilor de familie. Membrii de familie erau socotiți în concepția primitivă romană nu numai soția, copii, nepoții etc., ci și sclavii și toate persoanele a căror existență era asigurată în cadrul sau prin intermediul colectivității familiale.

Triumful proprietății private asupra celei obștești a impus familiei patriarhale un caracter monogamic, fapt care a consolidat și mai mult dominația bărbatului, asigurându-i descendenți destinați să devină moștenitorii averii sale².

Capul familiei era proprietarul întregului patrimoniu familial, singurul judecător al celor de sub puterea sa și unicul preot al cultului familial strămoșesc. Prerogativele șefului de familie mergeau până la exercitarea dreptului de viață și de moarte asupra persoanelor de sub puterea sa. Acestea sunt obligate să muncească pentru capul familiei, să-i mărească patrimoniul, dar în nici un caz să-l constrângă într-un anumit mod sau să-i micșoreze patrimoniul.

Instituția era validată legislativ și în timpul împăratului Constantin – 312-333 Î.Chr.

La acea epocă era cunoscut testamentul prin care dispunătorul partaja averea succesorală între copiii săi. Mai mult, acesta era valabil în contra unei reguli

¹ Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 340.

² Vladimir Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 182.

consacrate la epoca clasică romană, aceea a testării în prezența martorilor.

Se considera că fiul de familie avea posibilitatea de a dobândi o altă masă de bunuri, cele pe care le dobândea în mod firesc de la mama sa – bunuri materne. La acestea au fost adăugate de-a lungul timpului bunurile dobândite de la rudele din partea mamei – *bona materni generis*, și apoi cele dobândite din alte surse. Toate aceste bunuri au dobândit denumirea de *bona adventicia* – bunuri dobândite. Ele constituiau proprietatea fiului de familie, și asupra lor capul de familie păstra un drept de administrare și folosință.

Mai târziu, Theodosius al doilea (480-450 d.Chr.) a extins sfera persoanelor ce puteau fi gratificate printr-un astfel de act, incluzând și copiii nelegitimați la data întocmirii actului, după cum, la finele Dominatului, Justinian (527-565 d.Chr.) le-a inclus și pe mame în categoria dispunătorilor prin formula partajului de ascendent. Sub aspectul formei, Justinian a introdus printr-o constituție imperială obligația scrierii și datării de către testator a actului de partaj de ascendent, iar părțile aferente moștenitorilor trebuiau să fie integral precizate.

În timpul lui Justinian, capacitatea patrimonială a fiului de familie devine completă. Împăratul stabilește că tot ceea ce dobândește copilul dobândește – în regulă generală – pentru el. Papinian afirma: „Dacă tatăl în timpul vieții, își împarte bunurile între fii, fără a face în scris, și divide sarcina datoriilor în proporție cu posesiunea, nu rezultă că a făcut o simplă donație, ci mai degrabă o împărțeală din cauză de moarte”.

Împărțeala de ascendent era cunoscută în India, căci Catyana spune: „Dacă tatăl în timpul vieții sale își împarte bunurile, el nu trebuie să prefere pe unul din copii, nici să-l înlăture de la împărțeală fără un motiv temeinic”.

La greci, Demostene spunea că: „Un părinte poate să-și împartă averea în timpul vieții între copii”.

În orânduirea feudală din Apus, cele două forme de împărțeală au fost contopite sub forma unui act de ultimă voință, act scutit de îndeplinirea formalităților cerute pentru testamente și care era revocabil.

Vechiul drept francez mai cunoștea și așa-zisa „lepădare a bunurilor” – *demissions des biens*, prin care ascendentul transmitea descendenților prin acte între vii avutul său, împărțindu-l între ei ca și cum ar fi intervenit o deschidere anticipată a succesiunii.

În vechiul drept rusesc, șeful comunității familiale putea face în timpul vieții sale o distribuție parțială a bunurilor între copii.

În vechiul drept al Țărilor Române documentele dovedesc existența testamentului-împărțeală încă de la începutul veacului al XVII-lea. Păstrarea împărțelii de ascendent e atestată și de Codul Calimach. Ea se putea face în trei feluri:

- a) prin înscris netestamentar, scris de ascendent și iscălit de el sau de copii-articolele 1008 și 1009 din Codul Calimach;
- b) prin testament scris – aceleași articole;
- c) prin testament oral în prezența a cel puțin trei martori.

C. civ. român din 1864 a reprodus cu unele modificări textele prin care Codul napoleonian a reglementat cele două forme cunoscute de dreptul cutumiar francez, și anume împărțeala testamentară făcută prin act de ultimă voință și lepădarea bunurilor, făcută prin acte între vii¹.

Se poate observa, că prin tradiție partajul de ascendent s-a prezentat ca un act juridic complex care prevede un lăsământ testamentar sau o donație, pe de o parte, și o împărțire a moștenirii, pe de altă parte.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare voi cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial din Codul Napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum, e.g. *common-law*, dreptul islamic etc.

Textul matricial din Codul Napoleonian se arată în Capitolul VII, intitulat: „Des partages faits par père, mère, ou autres ascendans. Entre leur descendans -art. 1075-1080”.

Astfel: „Art. 1075 – Le père et mère et autres ascendans pourront faire, entre leurs enfants et descendans, la distribution et le partage de leurs biens.

Art. 1076 – Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour le donations entre vifs et testaments.

Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

Art. 1077 – Si tous les biens que l’ascendant laissera au jour de son décès n’ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n’y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

Art. 1078 – Si le partage n’est pas fait entre tous les enfans qui existeront à la époque du décès et les descendans de prédécédés le partage sera nul pour tous. Art. 1079 – Le partage fait par l’ascendans pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart: il pourra l’être aussi dans le cas où il resulterait du partage et des disposition faites par préciput, que l’un des copartages aurait un avantage plus grant que la loin ne le permet.

Art. 1080 – L’enfant qui, pour un des causes exprimées en l’article précédent, attaquera le partagera fait par l’ascendant devra faire l’avance des frais de l’estimation: et il les supportera en définitiv, ainsi que les dépens de la contestation, si la reclamation n’est pas fondée”.

Aceste texte au fost preluate de legiuitorul nostru *mot-à-mot*.

În privința textelor similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile

¹ Mihail Eliescu, *op. cit.*, p. 342.

din cadrul aceleiași familii de drept romano-germanic, ne vom referi la texte din Codul elvețian, Codul francez, Codul italian, Codul din Quebec, Codul spaniol etc.

În Codul elvețian¹, nu avem o reglementare prea amănunțită a partajului de ascendent. Sistemul de drept elvețian conține, în ceea ce privește partajul în general, câteva reglementări deosebite față de dreptul nostru. Vom da câteva exemple în acest sens.

În Codul elvețian avem un capitol distinct, ce nu se găsește în codul român, intitulat „De la succession avant le partage” – „Succesiunea înainte de împărțeală”.

Spre deosebire de dreptul român, în dreptul elvețian se arată că înainte de partaj, moștenitorii sunt proprietari și dispun în comun de bunurile care depind de succesiune, afară de dreptul de reprezentare și de administrare care decurge din contract sau din lege – art. 602 pct. 1 C. civ. elvețian. Ei sunt ținuti să răspundă solidar de datoriile defunctului – art. 603 pct. 1 C. civ. elvețian.

Foarte interesant e faptul că fiecare moștenitor are dreptul să ceară oricând partajul, doar dacă nu e obligat în baza convenției sau în baza legii să rămână în indiviziune – art. 604 pct. 1 C. civ. elvețian, în dreptul român fiind o regulă că nimic nu îi poate obliga pe moștenitori să rămână în indiviziune – art. 728 C. civ. român.

La cererea unui moștenitor, judecătorul poate ordona ca să fie amânată provizoriu împărțeala anumitor bunuri, dacă valoarea bunurilor ar urma să fie diminuată de o lichidare imediată – art. 604 pct. 2 C. civ. elvețian.

În dreptul elvețian, dacă trebuie luate în considerare drepturile unui copil conceput, partajul e amânat până la nașterea acestuia – art. 605 pct. 1 C. civ. elvețian.

În ceea ce privește modul de efectuare a partajului, caracteristic e faptul că moștenitorii convin liber asupra modului partajului, doar dacă nu sunt obligați altfel – art. 607 pct. 2 C. civ. elvețian, pe când în dreptul civil român știm că partajul poate fi judiciar sau amiabil, de cele mai multe ori fiind judiciar.

Atribuirea unui bun din moștenire către unul din moștenitori nu e socotită drept un legat, ci o simplă regulă a partajului, dacă dispoziția nu relevă o intenție contrară din partea autorului.

Apoi, prin art. 610 pct. 2 și 3 se dispune că moștenitorii sunt ținuti să-și comunice unul altuia, în legătură cu situația lor față de defunct, toate informațiile în măsură să permită o repartitie justă și egală.

Fiecare moștenitor poate să ceară ca datoriile să fie plătite sau garantate înaintea împărțelii.

Prin art. 612 C. civ. elvețian se dispune că atâta timp cât succesiunea cuprinde casa sau apartamentul pe care îl ocupau soții sau mobilierul, soțul supraviețuitor poate cere ca proprietatea acestor bunuri să-i fie atribuită cu imputație asupra părții sale. În legislația noastră nu există o astfel de reglementare.

În plus, pct. 2 dispune că soțul supraviețuitor sau ceilalți moștenitori legali pot să ceară să li se atribue în locul proprietății un uzufruct sau un drept de abitație, pe când la noi aceste drepturi sunt deferite prin lege.

¹ <http://www.legi-internet.ro/civil/elvetian.htm>

În pct. 3 se limitează dreptul soțului supraviețuitor de a valorifica drepturile asupra bunurilor cu ajutorul cărora defunctul exercita o profesiune sau o exploatare în cadrul unei întreprinderi, dacă acestea sunt necesare unui descendent pentru a continua această activitate. Dispozițiile sunt asemănătoare în acest caz C. civ. francez.

Art. 613 pct. 2 – hârtiile de familie și bunurile care au valoare sentimentală nu sunt vândute dacă unul dintre moștenitori se opune.

În caz de neînțelegere, autoritatea decide asupra vânzării sau atribuirii acestor obiecte cu sau fără imputare ținând cont de obiceiul locului sau de lipsa acestuia sau de situația personală a moștenitorilor – art. 613 pct. 3.

Art. 615 – moștenitorului căruia i s-au atribuit bunuri grevate de ipotecă, gajuri etc., pentru datoriile defunctului, va fi scutit de aceste datorii.

În sfârșit, vom reda și art. din Codul elvețian care reglementează instituția ce face obiectul prezentării noastre, art. 608 C. civ. elvețian – „1. Le disposant peut, par testament ou pacte successoral, prescrire à ses héritiers certaines règles pour le partage et la formation des lots. 2. Ces règles sont obligatoires pour les héritiers, sous réserve de rétablir, le cas échéant, l'égalité des lots à laquelle le disposant n'aurait pas eu l'intention de porter atteinte”. („1. Dispunătorul poate, prin testament sau pact succesoral să prescrie moștenitorilor săi anumite reguli în ceea ce privește partajul și formarea loturilor. 2. Aceste reguli sunt obligatorii pentru moștenitori, sub rezerva restabilirii, dacă e cazul, a egalității loturilor în privința cărora dispunătorul n-a avut intenția să aducă prejudiciu”).

Se evită astfel recurgerea la acțiunea în reducere, pusă la dispoziția moștenitorilor în cazul în care s-ar atinge drepturile lor legitime.

Acum vom trata și Codul francez actual¹, pentru că prezintă anumite modificări față de cel napoleonian, datorită modificărilor legislative care au intervenit în decursul timpului.

Art. 1075 a fost modificat, adăugându-se față de C. civ. napoleonian „Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et des testaments dans le second, sous réserve de l'application des dispositions qui suivent”² („Acest act se poate face sub forma donației-partaj sau a testamentului-partaj. El se supune tuturor formalităților, condițiilor și regulilor prescrise pentru donațiile între vii, în primul caz, iar pentru testamente, în al doilea caz, sub rezerva aplicării dispozițiilor care urmează”).

Acest articol este completat astfel: „Si leurs biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral, les père et mère et autres ascendants peuvent, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets, en faire sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d'autres personnes, sous réserve que les biens

¹ <http://www.legi-internet.ro/civil/franta.htm>

² Legea nr. 71-523 din 3 iulie 1971

corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise entrent dans cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété de tout ou partie de ces biens ou leur jouissance" („Dacă bunurile lor cuprind o întreprindere individuală, cu caracter industrial, comercial, artizanal, agricol sau liberal, tatăl, mama și alți ascendenți pot, în aceleași condiții și cu aceleași efecte, să facă, sub forma donației-partaj, distribuirea și împărțea între copiii, descendenții lor și alte persoane, sub rezerva ca bunurile corporale și incorporale afectate exploataării unei întreprinderi să intre în această distribuire și în acest partaj și ca această distribuire și acest partaj să aibă ca efect atribuirea la aceste alte persoane proprietatea tuturor sau a unor părți din aceste bunuri sau posesiunea lor”¹).

Respectiv art. 1076 s-a modificat după cum urmează: „La donation-partage ne peut avoir pour objet que des biens présents. La donation et le partage peuvent être faits par actes séparés pourvu que l'ascendant intervienne aux deux actes” („Donația-partaj nu poate avea ca obiect decât bunurile prezente. Donația și partajul pot fi făcute prin două acte separate, doar dacă rezultă intenția ascendentului de a le privi indivizibile”).

Spre deosebire de legislația noastră, unde ascendentul nu poate face o donație-partaj cu privire la bunurile soțului său, deoarece acestea nu-i aparțin în exclusivitate, practica judiciară franceză admite această soluție cu condiția de a fi acceptată de toți descendenții, aceasta incluzând pe de o parte un partaj amiabil în privința bunurilor provenind din patrimoniul părintelui precedent, dar pe de altă parte, o donație-partaj în privința bunurilor aparținând soțului supraviețuitor. Modalitatea aceasta e cunoscută sub denumirea de donație-partaj cumulativ.

În C. civ. italian², partajul de ascendent e reglementat în Titlul IV, intitulat „De la divisione”, în articolele 733, 734.

Art. 733 „Norme date dal testatore per la divisione”. „Quando il testatore ha stabilito particolari norme per formare le porzioni, questi eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite. Il testatore puo disporre che la divisione și effettui secondo la stima di persona o legatario: la divisione proposta da questa persona non vincola gli eredi di taluno di essi, la riconosce contraria alla volonta del testatore o manifestame”.

Art. 734 - „Divisione fatta dal testatore”. „Il testatore puo dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione e seguendi. Se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non riste testatore”.

(Art. 733 C. civ. italian - „Când testatorul a stabilit norme particulare pentru formarea loturilor, moștenitorii își dau seama că valoarea efectivă a bunurilor nu corespunde cotelor stabilite de lege. Testatorul poate dispune ca partajul să se efectueze în al doilea rând în considerarea persoanei legatarului”).

Art. 734 C. civ. italian - „Testatorul poate să-și împartă bunurile sale între

¹ Legea nr. 88-15 din 15 ianuarie 1988.

² <http://www.legi-internet.ro/civil/italian.htm>

moștenitorii legali cât și între ceilalți. Dacă în diviziunea făcută de testator nu sunt cuprinse toate bunurile din masa succesorală, ele sunt atribuite conform legii, dacă nu se opune testatorul).

În C. civ. grec¹, adoptat în 1956, în capitolul V, consacrat rezervei legale, întâlnim un articol care se referă la exheredarea cu titlu de precauție, art. 1845.

În capitolul XX al aceluiași cod, la sfârșitul materiei succesoriale, sunt reglementate donațiile pentru cauză de moarte, nereglementând partajul de ascendent.

C. civ. rus de la 1964 nu reglementează nici el această instituție, recunoscând doar cele două forme de partaj admise și la noi, respectiv amiabil și judiciar.

Codul din Quebec² nu reglementează partajul de ascendent. Partajul este realizat de obicei de către tribunal – art. 845 din C. civ. din Quebec, conținând reglementări comune cu cele ale C. civ. elvețian, cât și francez.

În sfârșit, în C. civ. spaniol³ instituția partajului de ascendent este reglementată de dispozițiile art. 1056. Astfel, se dispune: „Atunci când testatorul dorește, poate să facă cu privire la bunurile sale, fie prin acte între vii sau de ultimă voință, o împărțire a acestora descendenților săi, atâta timp cât nu se prejudiciază drepturile moștenitorilor legali sau forțați”.

În plus, acest articol mai prevede că „Tatăl, care în interesul familiei dorește să conserve indiviziunea unei exploatare agricole, industriale ori a unei fabrici poate uza de facultatea prevăzută în acest articol, dispunând să se satisfacă în bani ceilalți fii, care vin la moștenirea legitimă”.

Potrivit art. 1057 C. civ. spaniol, testatorul va putea însărcina prin acte între vii sau pentru cauză de moarte, pentru ca după moartea sa o persoană să participe la moștenire, însă fără ca această persoană să intre în categoria moștenitorilor.

Dacă testatorul nu dispune de averea sa, moștenitorii, dacă sunt majori și au libera administrare a bunurilor, vor putea împărți moștenirea de comun acord, conform art. 1058 C. civ. spaniol.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând vom face o posibilă exegeză a textului prin:

a) *Analiza nomotetică* - textul de lege conține o alternativă a actelor juridice prin care ascendentul are posibilitatea de a-și împărți bunurile sale prin această modalitate a partajului, cu limitarea pentru el de a respecta toate condițiile, formele și regulile prescrise pentru aceste acte.

Diferența dintre aceste două acte juridice, respective donație și testament, o

¹ C. civ. hellenique, Philip Mamoupoulos, Athenes, 1956.

² <http://www.legi-internet.ro/civil/quebec.htm>

³ <http://www.legi-internet.ro/civil/spania.htm>

reprezintă faptul că, în timp ce donația-partaj, fiind un contract, pe de o parte putându-se realiza doar cu acordul donatarului, iar pe de altă parte neputând fi revocată unilateral de către donator, după cum dispune art. 801 C. civ., testamentul-partaj este un act de formație unilaterală esențialmente revocabil, conform art. 802 C. civ.

Ascendentul trebuie să aibă capacitate de a dispune, prin donație sau testament, iar descendenții trebuie să aibă vocație la moștenirea dispunătorului, și în plus, să poată și să dorească să vină la moștenire.

Donația-partaj, așa cum bine o definesc doctrinarii francezi, se realizează în considerarea drepturilor succesoriale ale descendenților, și poate include o parte sau chiar toate bunurile ascendentului, și în plus acestea trebuie să aparțină acestuia în exclusivitate, deoarece nu este valabilă convenția prin care se dispune de un bun al altuia.

Elementul de liberalitate nu poate lipsi, o donație cu sarcini întrunește această condiție, în măsura în care sarcina nu e mai oneroasă decât emolumentul¹.

Succesorii gratificați nu sunt decât donatari în timpul vieții dispunătorului, iar nu moștenitori.

Actul de donație trebuie realizat, sub sancțiunea nulității, sub formă autentică, conform art. 813 C. civ. român, cu excepția bunurilor mobile ce se pot oferi de la mână la mână, sub modalitatea darului manual.

Această modalitate a împărțelii se poate realiza și prin mandatar, chiar și atunci când ascendentul ar fi capabil de a dispune, deoarece pe de o parte legea permite înstrăinările prin mandatar, conform art. 1536, iar pe de altă parte a da mandat cuiva pentru a împărți o avere străină nu este o abdicare a dreptului ce legea conferă ascendentului, ci, din contra, exercitarea acestui drept. Astfel, mandatul va trebui să fie autentic, chiar special².

Ascendentul are posibilitatea de a-și rezerva uzufructul în totul sau în partea bunurilor dăruite, acest drept încetând să mai aibă efecte la moartea sa.

De asemenea, poate să stipuleze o rentă viageră pentru el sau în folosul unui terț, însă doar având consimțământul descendenților donatari, căci donația este un contract – art. 942 C. civ. – iar nu un act, după cum impropriu se exprimă art. 801 C. civ.

Este necesar să se menționeze în actul de donație următoarele: împărțeala, modalitățile sale, și acceptarea sa de către descendenții gratificați. Acceptarea va trebui să fie făcută de către toți descendenții, în caz contrar, ea va putea fi revocată de către ascendentul donator.

Dacă descendentul gratificat lasă moștenitori, atunci partea acestuia va trece la moștenitori și nu va întregi partea celorlalți comoștenitori, cu excepția cazului

¹ Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina-Lex, București, 1999, p. 543.

² Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tom III, Partea a II-a, Ed. Curierul Judiciar, 1909, p. 869.

când s-a prevăzut dreptul de reîntoarcere a acestei părți, conform art. 825 C. civ., drept ce nu poate fi stipulat decât în favoarea donatorului.

În privința bunurilor mobile, se impune condiția efectuării unui act estimativ, semnat de ascendent și descendenții donatari, care va fi atașat partajului de ascendent.

Donația-partaj, are ca obiect doar bunurile prezente. În ceea ce privește bunurile viitoare, împărțeala nu va fi lovită de nulitate în întregime, ci doar revocabilă, spre deosebire de dispozițiile C. civ. francez, care, prin art. 943, consacră soluția nulității în această materie. Rezultă că o asemenea donație va fi validă atâta timp cât ascendentul nu exercită acțiunea în revocare.

Ascendentul poate să dispună de bunurile viitoare, prin modalitatea testamentului-partaj.

Legea nu împiedică pe ascendent să realizeze partajul sub condiție suspensivă sau rezolutorie ori afectat de termen, de asemenea poate impune sarcina donatarilor să plătească datoriile anterioare donației, conform art. 823 C. civ., în sens contrar încălcându-se principiul irevocabilității donațiilor, contractarea de noi datorii, depinzând doar de voința ascendentului, o asemenea donație fiind nulă, conform art. 822 C. civ.

Dacă descendentul a primit un bun străin, el va putea uzucapa, actul de partaj reprezentând un just-titlu pentru forma uzucapiunii scurte de la zece până la douăzeci de ani, sau se poate invoca art. 1909 C. civ., în cazul bunurilor mobile, dacă descendentul e de bună credință.

Persoanele în afara sferei descendenților nu pot fi beneficiarele unei asemenea donații, dar în limitele cotității disponibile pot fi gratificate prin donații ordinare¹.

Bunurile soților pot face obiectul unei donații-partaj conjuncte. Prin această modalitate, tatăl și mama, în cuprinsul aceluiași act, dispun împreună în favoarea copiilor comuni.

Avantajul incontestabil al actului conjunctiv îl reprezintă faptul că ei pot dispune, nu doar de bunurile proprii ci și de bunurile comune, lucrul ce nu l-ar fi putut face doar unul dintre ei fără acordul celuilalt.

Donația-partaj poate fi făcută și de părinții căsătoriți și de cei necăsătoriți, divorțați sau care n-au fost căsătoriți niciodată.

Criteriul de delimitare între o donație partaj și o donație ordinară, îl reprezintă voința ascendentului, de a proceda la un aranjament de familie global, chiar dacă nu se face referire expres la articolele care reglementează această modalitate, și chiar dacă nu este cuprins într-un act unic, ci în acte distincte cu condiția să reiasă din acestea voința ascendentului de a le privi ca indivizibile și indisociabile.

I se recunoaște ascendentului dreptul de a atribui loturile cum crede el de cuviință. Dacă împărțeala e fictivă, ea va putea fi atacată prin acțiunea în simulație.

¹ Dan Chirică, *op. cit.*, p. 547.

Când împărțeala conține un bun imobil, dreptul asupra bunului va trebui transcris.

Împărțeala ascendenților nu poate fi desființată pentru cauză de evicțiune. În acest caz de împărțeala se aplică art. 1167 alin. 3 din C. civ., dacă descendenții în cunoștință de cauză au executat actul, actul nău fiind ratificat.

Ambele modalități ale partajului își produc efectele la moartea ascendentului.

Revocarea pentru ingratitudine și neîndeplinirea sarcinilor se aplică în mod corespunzător – art. 830 și 831 C. civ.

Revocarea pentru surveniență de copil devine inaplicabilă deoarece, prin ipoteză, donația-partaj presupune că donatorul are descendenți la data încheierii actului.

Transmisiunea e individuală și nu antrenează deschiderea moștenirii.

Ascendentul donator, chiar dacă include în act toate bunurile pe care le deține la data încheierii acestuia, nu își înstrăinează descendenților patrimoniul său, acesta rămânând inalienabil prin acte între vii, el rămânând ținut la plata datoriilor față de creditorii săi actuali și viitori, chiar dacă a impus descendenților săi plata lor cu titlu de sarcină a liberalității¹.

Descendenții își datorează între ei garanția contra evicțiunii și plata sultelor, și, de asemenea, privilegiul copărtașului asupra imobilelor cuprinse în actul de dispoziție, conform art. 1737 alin. 3 din C. civ. român.

După deschiderea moștenirii, descendenții sunt considerați că au dobândit în mod direct bunurile ascendentului și nu au fost nicicând în indiviziune.

Bunurile cuprinse în donația-partaj nu sunt raportabile. Explicația constă în aceea că fiind o operațiune preliminară partajului, tinde la constituirea masei partajabile, fiind lipsita de obiect în cazul analizat, partajul fiind deja realizat prin voința ascendentului.

Bunurile donate sunt considerate un avans în contul moștenirii viitoare, și nu ca o liberalitate preciputară, astfel încât se impută mai întâi asupra rezervei, și doar pentru diferență, dacă există, asupra cotității disponibile².

Împărțeala trebuie să fie efectivă, adică să se materializeze în formarea tuturor loturilor³.

Ascendentul nu este ținut la respectarea principiului egalității în natură în atribuirea loturilor, consacrat de art. 741 C. civ., ci el va putea face împărțeala conform trebuințelor și aptitudinilor fiecărui descendent.

Oricare dintre descendenți poate ataca împărțeala dacă i s-au atacat interesele legale.

În timpul vieții ascendentului, descendenții au unii față de alții calitatea de copărtași, iar după moartea acestuia împărțeala devine efectivă, descendenții

¹ Mihail Eliescu, *op. cit.*, p. 348.

² Dan Chirică, *op. cit.*, p. 549.

³ Dumitru Macovei, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Ankarom, Iași, 1998, p. 265.

devenind moștenitori, păstrându-și însă calitatea lor de donatari. Ca o consecință a acestui fapt, descendenții pot renunța la succesiune sau o pot accepta. Realizarea prin testament a împărțelii nu produce nici un efect în timpul vieții ascendentului, ea putând fi revocată ca orice dispoziție testamentară.

La decesul ascendentului, bunurile care au făcut obiectul acestei împărțeli se transmit către descendenți divizate, potrivit voinței ascendentului. Așa fiind, la moartea ascendentului, între descendenți se nasc doar raporturi de împărțeală.

Ca orice act juridic, împărțeala de ascendent poate fi:

- nulă,
- anulabilă,
- revocabilă,
- caducă,
- sau poate fi atacată cu acțiune pauliană.

Împărțeala de ascendent poate fi ineficace datorită unor cauze proprii care țin de specificul acestei instituții, e.g. această împărțeală e nulă dacă n-a cuprins pe toți descendenții în viață la data deschiderii moștenirii și pe descendenții fiilor predecedați – art. 797 C. civ.

- împărțeala de ascendent poate fi atacată prin acțiune în reducere, dacă s-a adus atingere „părții legitime”, adică rezervei vreunui dintre descendenți – art. 798 C. civ.

Se aplică în mod corespunzător art. 849 C. civ., care se referă la reunirea fictivă la masa succesiunii a bunurilor de care ascendentul a dispus în timpul vieții sale, prin donațiuni între vii.

b) Contextualizare – *sententia*, ce presupune în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare de drept roman, sociologie, antropologie, psihologie juridică și filosofia normei cuprinse în text.

Populația de tip agrar, specifică Romei Antice, precum și nevoia ca descendenții să susțină o muncă continuă pentru a agonisi bunurile necesare traiului, bunuri fără de care nu puteau supraviețui, impuneau ca prerogativele întinse acordate prin tradiție șefului familiei, să-i asigure o autoritate deplină prin intermediul căreia să poată impune celor de sub puterea sa, îndeplinirea tuturor obligațiilor de care depindea existența familiei.

Vechea familie romană era fundamentată așadar pe legătura de putere dintre *pater familias* și cei aflați sub autoritatea sa, în sensul de familie agnatică.

Ca o prelungire a personalității sale, *pater familias* urmărea să mențină aceste bunuri în cadrul familiei sale. Doar descendenții de prim grad puteau deveni șefi de familie, printre ei fiind incluși și descendenții adoptați. Deși prin moartea șefului, familia se împărțea într-o serie de alte familii, legătura de putere care unise pe toți membrii ei – agnațiunea nu se rupea, ci continua să unească mai departe pe toți cei care se aflaseră sub aceeași putere.

Pe măsura dezvoltării societății sclavagiste, prerogativele lui *pater familias* suferă tot mai multe limitări, membrii familiei dobândesc o independență și libertate

din ce în ce mai mare. Trăind în mare măsură din exploatarea provinciilor și a sclavilor, Roma nu mai e nevoită să folosească munca propriilor ei cetățeni. În aceste împrejurări și sistemul de familie agnatică decade, în locul lui impunându-se rudenția de sânge-cognatică.

Acestea fiind spuse, partajul de ascendent se impunea ca o condiție socială, în care bunurile rămăneau din generație în generație în familie, atribuite prin pacte diferite, la rândul său de fiecare cap de familie, continuându-se astfel înțelepturile și personalitatea defunctului.

Din punct de vedere sociologic, partajul de ascendent contribuie la consolidarea relațiilor de familie, descendenții fiind ținuti să respecte voința ascendentului lor ca pe un principiu universal și absolut. Avantajele acestei instituții nu mai corespund celor de la 1864 și nici nu mai sunt atât de multe, ca la data adoptării codului, însă nu putem nega că unele dintre ele încă se mai mențin.

Noile realități sociale au făcut ca să nu se realizeze în practică toate foloasele ce se așteptau de la această instituție. Inițial, s-a dorit ca această modalitate a partajului să reprezinte un instrument de împăciuire a moștenitorilor, dar insuficiența ei reglementare, greutatea de a concilia dreptul comun al moștenirii și al donației cu regulile ce o cârmuiesc, precum și în unele cazuri cupiditatea unora dintre copărtași, vestigiu al vechii societăți, au avut drept urmare un izvor nesecat de numeroase procese.

Din punct de vedere antropologic, omul ca „centru al universului său relațional”, trebuie stimulat în apropierea formelor convenabile afirmării sale sociale¹. Acesta înseamnă o adaptabilitate a sa la normele societății, și încercarea de armonizare a dorințelor sale și a spiritului său egoist cu aceste norme.

Din punct de vedere psihologic, deși legătura de sânge ar trebui să fie mai presus decât orice normă de echitate, este greu de imaginat, cel puțin pentru noi, că descendenții, în cazul în care vor fi nedreptățiți, cu toate că li se respectă drepturile legale, vor mai păstra imaginea patriarhală și ancestrală a părintelui lor.

Cât despre ascendent, se poate justifica, în virtutea sentimentului de proprietate, care a existat la ființa umană din cele mai vechi timpuri, această dorință a lui de a continua să-și stăpânească bunurile „dincolo de moarte”, dacă putem spune așa.

Orice ființă gânditoare ar trebui să aibă posibilitatea, fără intervenția statului, să-și împartă patrimoniul pe care l-a agonisit întreaga viață. De aici principiul, adaptat la cazul de față, și preluat de la René Descartes „Cuget, deci exist”, care devine „Cuget, deci împart”.

Vom proceda acum la *identificarea sensului teologico-filosofic și a celui social, respectiv politic*.

Din punct de vedere teologic, respectarea voinței părintelui se înscrie ca un principiu al respectării voinței divine. În acest sens, grăitoare este pilda fiului

¹ Valerius M. Ciucă, *Eseuri de hermeneutică juridică*, volumul I, articolul „Coproproprietatea devălmașă – darul grecesc al uniunii matrimoniale”, Ed. Polirom, Iași, 2002, p. 45.

risipitor¹, redată în Evanghelia lui Luca, cântul 11,11-13.

Întotdeauna tatăl iubitor îl va răsplăti mai mult pe fiul care a plecat de lângă el și și-a risipit averea care i-a fost dată, decât pe cel care a rămas lângă el, l-a îngrijit, și i-a ascultat sfaturile toată viața. Din această pildă am avea mai mult de învățat de la tatăl iubitor decât de la fiul risipitor. Nu contează că acesta nu s-a gândit la tatăl său și doar când a dat de greu și-a adus aminte că are un tată. După Domnul nostru Iisus Christos, această pildă, ni-l mai arată încă o dată pe Dumnezeu ca tată și ne asigură că Dumnezeu e gata să ne primească dacă și noi vrem să fim primiți, făcând cale întoarsă de la rău la bine. Dacă fiecare din noi am învăța să avem inimă de tată, înseamnă că această pildă nu a fost dată în van.

Din punct de vedere social, relațiile inter-umane se bazează pe bună-credință. Respectarea voinței celuilalt nu trebuie privită ca pe un compromis, ci ca pe o evoluție a societății în care este asigurată confluența celor trei pilaștri după care se centrează interesele oamenilor, și anume – familia, proprietatea și contractul. La umbra acestor pilaștri, potrivit concepției lui Jean Carbonnier², pot fi adăpostite instituțiile socio-economice și politice cele mai diverse.

Din punct de vedere politic, statul, prin intermediul legiuitorului, dorește să limiteze puterea ascendentului asupra bunurilor care-i aparțin, pentru a nu crea un monopol care ar afecta circuitul civil.

Din punct de vedere economic, partajul de ascendent prezintă avantajul evitării cheltuielilor excesive care ar rezulta în urma recurgerii la procedura succesorală notarială sau judecătorească.

Ca o consecință a celor menționate, numeroase categorii paupere vor putea să-și valorifice drepturile lor succesoriale, acest partaj asigurând o satisfacere a principiului celerității care domină materia succesorală.

Identificarea sensului obscur -*sensus*- adică al celui de-al patrulea sens, unul metafizic sau inițiativ: privilegiile nu sunt întotdeauna odioase, chiar dacă astfel ziceau strămoșii noștri în limba lor energică (M. Eminescu, „Timpul”, 12 ianuarie 1882), deoarece oamenii nu sunt egali prin însăși natura lor, având aptitudini, creativitate, și spirit sapiențial diferit.

Sensul obscur îl identificăm, după părerea noastră, în discriminarea legală realizată de legiuitor (total lipsit de rațiunea inimii), între descendenții care au aceleași drepturi și obligații față de ascendentul lor.

Afacerile de familie sunt lipsite de orice urmă de profit, deoarece nu se poate pune semn de egalitate între sentimentele ascendentului și necesitățile descendenților. Orice părinte și-ar dori să fie apreciat măcar de către unul dintre urmașii săi, ca fiind cel mai iubit dintre muritori. Cu toate acestea, omul nefiind o ființă mecanică, nu se poate imagina o iubire partajată.

Revenind la privilegiu, menționăm că, potrivit profesorului Ciucă, dintr-un

¹ http://biserica.org/Publicatii/1996/NoVII/22_index.html

² Jean Carbonnier, *Flexible droit – textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, in *integrum*, p. 40, apud Valerius M. Ciucă, *op.cit.*

articol al căruia vom reproduce un lung paragraf, „atâta timp cât vom continua să celebrăm viața privată vom mai putea vorbi și de privilegii. Când vom vorbi despre privilegii, noi biete făpturi părelnice și spirite vagante, vom descifra în toate aceste minunății ale divinei diversități a lumii reale și a aceleia apofatice, a celei tranziente a ideilor, doar reprezentarea liniștitoare și mediocră (disimulată în neînțelesul eufemism *aurea mediocritas*) aceea de benign *codicillius* non-necesar (*helas*, din nou afurisitul pragmatism, infecțiosul utilitarism reducăționist și ubicuu!), de excrescență inestetică a dreptului privilegiar (atât de puțin utilizat, de altfel; mă gândesc aici la situația creditorilor privilegiați preferați în conformitate cu art. 1730 din C. civ. român, după aculturatul art. 2102 al C. civ. napoleonian, chiar creditorilor ipotecari). M. Eminescu, precum, mai târziu, Ioan Nădejde și Amelia Nădejde-Gesticone, evidențiază dubla rădăcină lexicală latină a termenului juridic „privilegium” (*privus*, însemnând „privat, propriu” și *lex* „lege”). În antichitatea greco-latină, opera de reglementare fusese un privilegiu conferit regalității, păturii sacerdotale, apoi potentatilor, pentru ca aceștia, prin reglementări, să privilegieze formal (dreptul fiind privilegiar) anumite categorii sociale ori persoane. În afara acestei noțiuni, cum altfel am putea accepta fundamentele partinice și doctrinare, ideologice ale reprezentării parlamentare, dacă n-am recunoaște decelările implicate de viziunile noastre preponderente atunci când în balanța opțiunilor se găsesc valori precum libertatea individului, solidaritatea socială, fraternitatea creștină și, de ce nu, spiritul de clan sau oligarhic (chiar dacă toate acestea nu mai poartă amprenta secolelor XV-XVI italiene și franceze cu patentele lor regale și cu sacristiile din altarele privilegiate abolite de revoluționarii capacitați de un nou spirit destul de dolosiv)? Cum astfel am putea justifica valoarea acțională a prerogativelor, puterilor delegate sau competențelor? Cum am mai putea înțelege structurile sociale, palierele de putere, imunitățile și puterile speciale constituționale? Cum s-ar mai putea legitima ierarhiile *in corpore* și gradele particulare? Dar onorurile, titlurile, distincțiile și preferințele, prioritățile și eșalonările, autorizațiile și acreditările, dispozițiile de favoare și excepțiile de la regulă, toate fundamentate pe meritocrație, talent și geniu, pe ieșirea zelistă și generoasă, altruistă, cu ulcerantă pasiune, din normă, din redundantele scheme socializante, din cadru, din tipizantele obligații? În sfârșit, cum am mai putea vorbi de și steme naționale de drept în cadrul celui comunitar, European, în Europa unită a națiunilor? Sunt însă de acord cu Eminescu: *privilegia odiosa sunt*; dar numai atunci când cel ce le acordă este el însuși odios, simbol al despotismului, al tiranului discreționar, perpetuu și incontrollabil, fie el sistem, subsistem, structură sau persoană ... iar cel ce le receptează este exmatriculat din clasele „privilegiate” ale meritocrației. În toate celelalte cazuri privilegiul este un semn distinctiv al libertății noastre în cadrul referențial al unei puteri determinate, este un cerc al excelenței noastre, un *res privatae* într-o lume de *res communes*, un dar dumnezeiesc într-un univers din ce în ce mai codevălmaș, o grație divină împotriva căreia nu pot conspira, cum spune americanul ce își cunoaște Constituția (*conspiracy for deprivation*). Cred cu prea multă acuitate în clasificările aristotelice și îmi repugnă teoriile generale uniformiste. Pe cale de consecință, nu întrezăresc utilitatea unei

utopii a societății fără clase și nu gravitez în jurul perspectivei anoste a paradigmei cenușii a nediferențierii, copios ilustrată în romanul eponim orwellian 1984”¹.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text, și voi încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce e consacrată de triada:

- teza - *pro auctoritas*;
- antiteza - *contra auctoritas*;
- sinteza - *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositarum*.

Pro auctoritas - teza: partajul de ascendent anticipează asupra succesiunii viitoare a dispunătorului, în cadrul căreia va fi luată în considerare ca atare, aceasta reprezentând o excepție de la regulile dreptului comun. Rațiuni de ordin practic fundamentează instituția ca atare. Susținătorii acestei teze pledează spre o corectă repartizare a bunurilor de către ascendent, care este cel mai în măsură să decidă în conformitate cu aptitudinile și necesitățile descendenților săi atribuirea loturilor din masa succesorală.

Contra auctoritas - antiteza: teza contrară se întemeiază pe faptul că orice împărțeală prin acte *inter vivos* sau *mortis causa* e interzisă ca fiind pact asupra unei succesiuni viitoare, sancționată de legislația noastră civilă cu nulitatea absolută, art. 965 C. civ. Prin acest articol sunt interzise orice învoiri sau renunțări asupra unei succesiuni ce nu este încă deschisă, chiar de s-ar da consimțământul celui a cărui succesiune este în cauză. Rezultă deci că nici asupra rezervei succesoriale nu se poate renunța anticipat.

Dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositarum - sinteza: o posibilă sinteză între cele două teze ar fi menținerea partajului de ascendent prin includerea în cadrul acestuia a tuturor bunurilor ascendentului și, în plus, în cazul modalității donației-partaj, darea în administrarea și folosința părintelui a bunurilor până în momentul morții, soluție ce se justifică mai ales în cazul bunurilor imobile. Aceasta chiar dacă ascendentul nu și-a rezervat un uzufruct asupra bunurilor dăruite, având încredere oarbă în descendenții săi, cu toate că ascendentul are posibilitatea de a revoca donația pentru ingraturitudine prin intermediul justiției. Tragedia regelui Lear ilustrează grăitor acest trist neajuns al unui asemenea fel de împărțeală.

¹ Valerius M. Ciucă, *Privilegia odiosa sunt* (?), Revista Convorbiri literare (revistă fondată de Societatea Junimea din Iași, la 1 martie 1867), februarie 2004 nr. 2 (98).

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor, și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursive-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Expunerea argumentelor

Prin partajul de ascendent se evită litigiile între descendenții moștenitori, cu privire la alcătuirea loturilor și la repartizarea lor, și se permite, înlăturându-se hazardul orb al tragerii la sorți, să se recurgă la procedura atribuirii loturilor, ținându-se astfel seama de aptitudinile fiecărui urmaș.

Dintr-un alt punct de vedere, ascendentul scutește pe urmașii săi de cheltuielile și pierderile de vreme legate de deschiderea procedurii succesorale notariale sau de a recurge la instanța judecătorească, chiar dacă unii dintre ei ar fi dispăruți, lipsiți de capacitate sau au capacitate restrânsă.

Subiectivismul părintesc și tendința de nedreptățire, mai mult sau mai puțin, a unora dintre descendenți, este oarecum justificabilă și comprehensibilă, având în vedere că este vorba de ultima dorință înainte de moarte, care este sau ar trebui să fie cel puțin respectată.

Jean Carbonnier susține în lucrarea sa „Sociologie juridique”, cu privire la subiectivism, în general, următoarele: „Cercetarea pe care am putea-o califica drept romanțată, unde sociologul (asemenea lui Flaubert când se transpune în Madame Bovary), se străduiește să re trăiască în el însuși, prin forța imaginației, pentru a lămuri situația juridică pe care dorește să o studieze, și astfel, pentru a studia sclavia din timpurile Romei, se pune în pielea unui sclav (căci procedeul se pretează unei sociologii istorice), este cât se poate de obiectivă. Atâta timp cât obiectul este subiectiv, o analiza subiectivă nu este oare o manieră de a restitui obiectivitatea?”¹

Dragostea părintească subzistă tocmai atunci când nu ceri nimic.

Controverse

O donație frauduloasă va putea fi revocată prin intermediul acțiunii pauliene de către creditorii chirografari. Potrivit autorului Tudor Safta-Romano, transmiterea gata partajată a masei succesorale către descendenți nu poate aduce atingere drepturilor creditorilor succesiunii. Aceștia își vor realiza creanța urmărind divizat pe fiecare dintre comoștenitori, ca și în cazul transmisiunii *ab intestat*, și evident cu aplicarea efectelor date de tipul acceptării succesiunii².

Loturile pot fi atribuite și prin tragere la sorți, sau chiar direct de către ascendent, fără îndeplinirea acestei formalități.

¹ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Ed. Armand Colin, Paris, 1972, „L’Impartialité”, p. 182.

² Tudor Safta-Romano, *Revocarea pauliană a testamentelor*, apud Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 56.

Ascendentul care împarte averea sa nu trebuie să se conformeze în principiu articolelor 736, 741 C. civ., care consacră principiul egalității în natură în compunerea loturilor, deoarece scopul acestei împărțeli este ca bunurile să se distribuie conform aptitudinilor și necesităților fiecărui descendent.

În cazul în care există un singur imobil, dacă s-ar aplica regula de mai sus, aceea a principiului egalității în natură, s-ar deprecia din cale-afară imobilul din cauza partajării sale. Unii autori au susținut că această regulă nu se aplică decât în cazul testamentului-împărțeală, deoarece în cazul donației, acceptarea ei de către descendenți ar face ca orice obiecțiune în contra compunerii loturilor să nu mai poată fi primită¹.

Unii autori admit că împărțeala se poate face și printr-o donațiune deghezată într-un contract cu titlu oneros². Alți autori consideră că împărțeala făcută printr-o astfel de donațiune ar fi valabilă ca donațiune, nu însă ca împărțeală³.

Trebuie observat că atunci când împărțeala are loc prin testament, termenul de șaizeci de zile acordat de art. 1741, pentru conservarea privilegiului copărtașului, va curge de la încetarea din viață a ascendentului, pentru că numai de atunci împărțeala își produce efectele sale.

Renunțarea unuia dintre descendenții donatorului la succesiunea ascendentului sau excluderea sa de la succesiune ca nedemn nu modifică cu nimic caracterul juridic al donațiunii-împărțire, atât obligația de garanție, cât și privilegiul copărtașilor continuă a subzista.

Principiile generale

Pentru argumentarea partajului de ascendent se acordă prioritate principiului libertății contractuale, evitându-se astfel ingerința societății în dezvoltarea voinței individuale. Descendenții au dreptul să opteze pentru un astfel de partaj sau să renunțe la succesiune, în cazul în care un astfel de partaj se face prin testament. În cazul donației, am văzut că ea nu este valabilă decât dacă donatarii au acceptat-o prin același act sau printr-un act posterior.

Exceptio exceptionis causa

Partajul de ascendent, fiind o excepție de la dreptul comun, după cum am menționat, poate comporta și ea la rândul ei anumite derogări. De exemplu, se poate întâmpla ca ascendentul, dorind să facă o donație-partaj, prin manifestarea sa de voință să realizeze doar o donație ordinară. Acest lucru ar putea fi ilustrat în cazul în care se atribuie cote indivize dintr-un anumit bun, ca în cazul moștenirii legale.

Există două cazuri când bunurile rămân în indiviziune potrivit regulilor

¹ Mourlon, Arntz, Colmet de Santere, Hean, *Revue pratique*, tom.V, anul 1885, p. 166 și urm. *apud* Dimitrie Alexandresco, *op. cit.*, p. 881.

² Aubry et Rau, VIII,nr. 729, p. 9 și 101, Demolombe, XXIII, p. 15 *apud* Dimitrie Alexandresco, *op. cit.*, p. 868.

³ Derome, *Revue critique*, tomul 27,1865, p. 484 și urm. *apud* Dimitrie Alexandresco, *op. cit.*, p. 869.

dreptului comun:

1. Bunurile care nu sunt cuprinse în împărțeală de către ascendent. Acestea se folosesc pentru a complini rezerva descendenților în cazul în care ea este atinsă, și desigur dacă sunt suficiente pentru o astfel de complinire.

2. Bunurile care sunt dobândite ulterior partajului de ascendent, aceasta fiind valabil doar în privința modalității donației-partaj.

În noul Proiect de C. civ., partajul de ascendent e reglementat în art. 899-902 într-o manieră mai simplă și abordabilă. Astfel, art. 899 „Ascendenții pot face împărțeala bunurilor lor între descendenți”; art. 900 „1. Aceasta împărțeala se poate face prin acte între vii sau prin testament, cu formele, condițiile și regulile prescrise pentru donație sau pentru testament. 2. Împărțeala făcută prin acte între vii nu poate avea ca obiect decât bunurile prezente.”; art. 901 „Dacă în împărțeala de ascendent nu au fost cuprinse toate bunurile succesoriale, bunurile necuprinse se vor împărți conform legii”; art. 902 „1. E nulă împărțeala în care nu s-au cuprins toți copiii în viață la deschiderea moștenirii și descendenții fiilor precedeați. 2. Împărțeala de ascendent poate fi atacată prin acțiune în reducere atunci când încalcă rezerva succesorală a fiecărui descendent sau a soțului supraviețuitor”¹.

De lege ferenda s-ar impune consacrarea legislativă a unui sistem îmbinat între partajul judiciar și cel de ascendent, având ca rezultat transformarea procedurii speciale de partaj într-una comună. Ascendentul, sub influența judecătorului, care va avea obligația de a-l informa asupra drepturilor legale ale descendenților, va proceda la împărțirea loturilor, acest act urmând a fi confirmat de către judecător, după ce se va verifica în prealabil respectarea rezervei descendenților și a condițiilor de fond și de formă, în funcție de modalitatea actului în cauză.

Aceasta deoarece adeseori ascendenții nu recurg la această procedură, din cauza lipsei cunoștințelor juridice, cât și din pricina formalismului excesiv al acestor acte.

Prin această soluție se realizează un compromis între voința individului și legea pe care judecătorii sunt obligați s-o aplice.

După cele spuse, rămâne la latitudinea dumneavoastră să vă pronunțați dacă partajul de ascendent rămâne doar un vestigiu al justiției private sau nu.

¹ http://www.dsclex.ro/coduri/pr_civil.htm

Bibliografie de inițiere

1. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept privat comparat. O introducere în dreptul privat comparat*, Ed. Polirom, Iași, 2004
2. Valerius M. Ciucă, *Procedura partajului succesoral*, Ed. Polirom, Iasi, 1997
3. Valerius M. Ciucă, *Eseuri de hermeneutică juridică*, volumul I, Ed. Polirom, Iași, 2002
4. Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1996
5. Vladimir Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977
6. Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Lumina-Lex, București, 1999
7. Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparație cu legile vechi și cu principiile legislațiilor străine*, tom III, partea a II-a, Ed. Curierul Judiciar, 1909
8. Dumitru Macovei, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Ankarom, Iasi, 1998
9. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Ed. Armand Colin, Paris, 1972
10. Valerius M. Ciucă, *Revista „Convorbiri literare” nr. 2 (98)*, Iași, februarie 2004

Resurse web:

<http://www.legi-internet.ro/civil/italian.htm>

<http://www.legi-internet.ro/civil/elvetian.htm>

<http://www.legi-internet.ro/civil/franta.htm>

<http://www.legi-internet.ro/civil/spania.htm>

<http://www.legi-internet.ro/civil/quebec.htm>

http://www.dscllex.ro/coduri/pr_civil.htm

http://biserica.org/Publicatii/1996/NoVII/22_index.html

*

* *

In tranquillo mari esse quisque gubernator potest¹

¹ „Pe o mare liniștită oricine poate fi cârmaci” (Syrus), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 130.

LAESIO ENORMIS,
„ARMISTIȚIUL PRECAR” AL ETERNULUI CONFLICT
DINTRE LIBERTATE ȘI ECHITATE

Cornelia-Maria Bălan
Dana Ilie

Motto: „Oamenii nu sunt în stare să creadă sau să accepte informații care contrazic modului lor de gândire obișnuit, ei nu cred faptelor atunci când faptele sunt dovedite, ci atunci când le pot înțelege” (Victor E. Marsdenl)

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, vom analiza textul juridic efectuând analiza textului juridic prin:

- *lectura*, prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat și
- *summa*, rezumatul textului.

Lectura: art. 1165 C. civ. român dispune: „Majorul nu poate, pentru leziune, să exercite acțiunea în resciziune”.

Summa: Majorului nu-i este recunoscut dreptul de a intenta acțiunea în resciziune.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cauzistică imaginară, identificând legătura imediată dintre abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

„Ceea ce e datorie e întotdeauna drept și nu poate fi datorie ceea ce nu e drept” (Georgio del Vecchio).

Primus dobândește prin legat cu titlu particular o casă. Acesta, aflându-se în imposibilitate financiară de a-și întreține familia, ia hotărârea să înstrăineze casa. Astfel, *Primus* încheie un contract de vânzare-cumpărare cu *Secundus*. Părțile au

stabilit ca prețul pe care *Secundus* este obligat să îl plătească lui *Primus* să fie de 300 milioane de lei, cu toate că valoarea reală a imobilului era de aproximativ 1 miliard de lei. Ulterior încheierii contractului, *Primus* află că valoarea imobilului pe care l-a înstrăinat lui *Secundus* era mult mai mare. Astfel, *Primus* se adresează instanței cerând anularea contractului de vânzare-cumpărare pe motiv de leziune. Instanța nu va putea admite cererea prin care se solicită acțiunea în resciziune pe considerentul că, în legislația română, majorului nu-i este recunoscut acest drept de a exercita o asemenea acțiune. Ne punem întrebarea: este sau nu justă o asemenea soluție? Caracterul just sau injust al respingerii acțiunii în resciziune majorului îl vom desluși pe parcursul lucrării.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, vom cerceta prima axă a investigației comparatiste, aceea verticală, pe scara istorică a devenirii regulei de drept.

„Nimic nu este, ci totul devine” (Hegel).

Leziunea reprezintă prejudiciul material suferit de una din părți din cauza disproporției vădite de valoare între contraprestații, ce există în momentul încheierii convenției¹.

Pentru a deveni o noțiune tratată de doctrina civilă, care a suscitat numeroase controverse, această instituție a trecut prin mai multe etape de consolidare. Leziunea s-a născut din nevoia umanității de a avea dreptate, egalitate, echilibru în toate cele pământești. În dreptul roman, precum și în societatea romană, ordinea publică reprezenta o cerință intrinsecă. Aici, în Eterna Cetate a fost pentru întâia dată invocată leziunea. Ea a apărut pe terenul condus de formalismul juridic în care domina principiul *ex nudo pacto, actio non nascitur*. În această perioadă încorsetată de canoane greu de respectat, leziunea reprezenta o necunoscută în materia contractuală. La acea vreme, accentul se punea pe forma exterioară a actului juridic, caracterul just sau injust al acestuia nemaipunându-se în discuție. Cu toate că mediul era cu totul nefavorabil, echitatea a reușit să se impună în această lume în care tot ce conta era doar forma.

Împăratul Dioclețian, la sfârșitul secolului al III-lea d.Chr., prin cele trei constituțiuni imperiale: edictul „*De pretiis rerum venalium*” și două rescripte, stabilea pentru muncitorii angajați prin contracte de muncă salarii mai bune, iar pentru bunurile de strictă necesitate, prețuri maximale consacrand astfel, formal, resciziunea vânzării pentru cauză de leziune².

Ulterior, leziunea își găsește reglementarea și în *Codex-ul* lui Justinian. În

¹ A se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil român*, Ed. Șansa, București, 1994, p. 140.

² V.M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000, p. 723.

materia vânzării, în ipoteza în care prețul efectiv primit de vânzător era mai mic de jumătate din valoarea reală a bunului vândut, putea fi invocată *laesio enormis*. Leziunea astfel reglementată corespunde concepției obiective, al cărei unic element îl reprezintă elementul material, și care constă în disproporția vădită dintre obligațiile contractuale.

Sentimentul umanist care învăluia această instituție a dispărut în epoca invaziilor barbare, și o dată cu el, leziunea a devenit o noțiune superfluă. Întregul sistem ce îngloba justiția nu a mai supraviețuit, astfel că magistrații, instanțele erau departe de a mai reprezenta dreptatea.

Cea mai considerabilă apreciere și deplină consolidare a leziunii o oferă dreptul canonic prin principiul creștin al milei, al iubirii, al fraternității care nu a urmărit obținerea unor reforme politice și sociale, ci doar să se reformeze și să se purifice conștiințele.

Prețul just cuprindea două elemente, în concepția canoniștilor, pe care omul le vedea ca necesare pentru munca sa: cheltuielile făcute de vânzător pentru obținerea obiectului vândut și cheltuielile necesare traiului de zi cu zi a vânzătorului¹. Nimic mai mult.

Susținătorii dreptului canonic au avut în vedere concepția lui Aristotel, care vedea în justiția coercitivă, rectificativă, egalizatoare sau sinalagmatică împlinirea acestui superior deziderat: măsurarea în mod impersonal a daunei sau câștigului. O asemenea măsurare are, după Aristotel, tipul său propriu în proporție aritmetică².

Pornind de la cuvintele lui Hristos: *Mutuum date, nihil inde sperantes*, dreptul canonic compară uzura cu furtul. Atunci când medievalii utilizau termenul de uzură ei aveau în vedere împrumutul cu dobândă. Interzicerea uzurii de către dreptul canonic se bazează pe douăzeci și cinci de argumente.

În concepția aristotelică, banul era privit ca un simplu mijloc de schimb.

Un alt argument îl constituie acela al distincției dintre bunurile consumptibile și bunurile neconsumptibile, argument ce i-a determinat pe canoniști să afirme: „După cum nu se poate plăti consumul vinului cu un preț mai mare decât vinul însuși, tot așa nu se poate plăti uzul banului, în afară de banul în sine”.

În dreptul canonic, leziunea era aplicată cu caracter general, și nu cu caracter excepțional (cum se aplica în dreptul roman), astfel că resciziunea pentru leziune putea fi invocată de ambele părți contractante atât în materie imobiliară cât și în materie mobilă³.

Concepția latină a fost preluată de drept francez și, ca urmare a influenței acestuia asupra legislațiilor latine, această concepție se găsește reflectată în majoritatea legislațiilor neo-latine.

¹ I.G. Lipovanu, *Egalitate și contract – Studiu de drept civil comparat*, Ed. Tipografia Alexandru A. Țarek, Iași, 1946, p. 12.

² Georgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, ediția a IV-a a textului italian, Ed. Europa Nova, București, s.a., p. 57.

³ I.G. Lipovanu, *op. cit.*, p. 12.

La noi, anterior intrării în vigoare a Codului civil, acțiunea în resciziune era recunoscută atât persoanelor cu capacitate de exercițiu restrânsă cât și persoanelor majore. Astfel, Codul Calimach, care a avut ca sursă de inspirație Codul austriac, recunoștea acțiunea în resciziune atât vânzătorului cât și cumpărătorului, neavând relevanță natura bunului care constituia obiectul contractului. Astfel, principiul leziunii *ultra dimidiare* era consacrat în art. 1251 și se aplica numai contractelor sinalagmatice și comutative.

În ceea ce privește acțiunea în resciziune, Codul Caragea avea o sferă de aplicare mai restrânsă față de Codul Calimach, acțiunea fiindu-i recunoscută numai vânzătorului. La baza celor două coduri a stat concepția obiectivă latină, care admitea leziunea numai în cazul în care se constata o disproporție de cel puțin jumătate din valoarea reală a bunului.

Legiuitorul român de la 1864, care a fost dominat de spiritul ultraliberal de la acea epocă¹, și, deși a avut ca model C. civ. francez, care recunoaște majorului dreptul de a exercita acțiunea în resciziune, a prevăzut expres că majorul nu poate, pentru leziune, să invoce acțiunea în resciziune. În consecință, din acest punct de vedere, putem afirma că actualul C. civ. s-a îndepărtat atât de reglementările anterioare care își găseau aplicare în spațiul românesc, cât și de Codul napoleonian.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare vom cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințele la textul matricial din C. civ. napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri și eventualele norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum, e.g., common law, dreptul islamic etc.

În dreptul francez, legiuitorul a reglementat minuțios acest viciu de consimțământ, recunoscând astfel importanța sa juridică. C. civ. francez prevede la art. 1118: „La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section”. Interpretând acest text reiese că leziunea poate fi invocată numai de către vânzător, nu și de cumpărător, deoarece o persoană care are nevoie urgentă de bani poate fi constrânsă să vândă și la un preț mai mic decât valoarea reală a lucrului, însă, este mai greu de crezut că o persoană ar fi obligată să cumpere un anumit lucru.

Din textul expus mai sus reiese că leziunea poate fi invocată de o persoană majoră în cazul unui contract de vânzare-cumpărare precum și în cazul împărțelii succesiunii. Legislațiile latino-americane, care s-au inspirat din dreptul francez, au extins protecția resciziunii pentru leziune și asupra cumpărătorului, precum e.g., codurile civile chilian, peruvian, mexican.

Conform art. 1674 C. civ. francez, acțiunea în resciziune poate fi cerută de

¹ V.M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, p. 720.

către vânzător, dacă a fost lezat cu mai mult de 7/12 din prețul imobilului, chiar și în ipoteza în care vânzătorul a renunțat expres la dreptul de a cere resciziunea contractului sau dacă a declarat că donează cumpărătorului plus-valoarea bunului¹. Potrivit art. 1675 C. civ. fr., leziunea se apreciază în momentul vânzării, și nu la momentul introducerii acțiunii în resciziune.

În dreptul francez, acțiunea în resciziune trebuie analizată din trei puncte de vedere, și anume, a condițiilor de fond, a condițiilor de formă și a efectelor.

Din perspectiva condițiilor de fond observăm că leziunea își găsește aplicare numai în materie imobiliară, ca urmare a tradiției romane ce a fost preluată de legiuitorul francez. De la această regulă există două excepții care exclud acțiunea în resciziune, și anume în cazul vânzărilor cu caracter aleatoriu și a vânzărilor efectuate prin intermediul justiției.

Dreptul la acțiunea în resciziune poate fi exercitat numai de către vânzător, legiuitorul francez considerând că numai acesta poate fi constrâns să-și înstrăineze lucrul la un preț mai mic decât valoarea reală a acestuia.

Condițiile de formă ale acțiunii în resciziune privesc termenul în care poate fi intentată acțiunea și proba leziunii. Pentru ca vânzătorul să poată exercita dreptul de a intenta acțiunea în resciziune, el trebuie să introducă cererea de chemare în judecată, prin care solicită acțiunea în resciziune, în termen de doi ani de la data încheierii contractului de vânzare-cumpărare.

C. civ. elvețian din 1907, care reglementează leziunea la art. 21, prevede că termenul în care partea lezată poate introduce acțiunea în resciziune este de un an, iar acesta începe să curgă de la data încheierii contractului.

Proba leziunii este delicată poate și din considerentul că se urmărește evitarea ca leziunea să fie pronunțată cu ușurință.

Efectele acțiunii în resciziune sunt similare cu efectele acțiunii în nulitate (astfel, contractul este desființat cu efect retroactiv).

Resciziunea împărțelii în caz de leziune trebuie admisă când o parte primește mai puțin de $\frac{3}{4}$ din ceea ce i se cuvenea să primească, indiferent de formele împărțelii: prin bună învoială sau pe cale judecătorească.

C. civ. italian prevede, în art. 1448: „Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (1934, 1970). Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (761 e seguenti)”.

În dreptul italian, acțiunea în resciziune poate fi intentată numai atunci când o parte primește mai puțin de jumătate din valoarea reală a lucrului, estimată la

¹ V.M. Ciucă, *op. cit.*, p. 728.

momentul încheierii contractului. Legiuitorul italian, ca și cel francez, a prohibit exercitarea acțiunii în resciziune în cazul contractelor aleatorii. Acțiunea în resciziune se prescrie în termen de un an de la data încheierii contractului, astfel că, după împlinirea termenului de prescripție, partea lezată nu poate exercita o asemenea acțiune.

În dreptul anglo-saxon, noțiunii de leziune din legislațiile latine, îi corespunde noțiunea de *undue influence* (abuzul de influență). În sistemul englez, caracterele abuzului de influență sunt cu totul contrare celor ale leziunii din dreptul francez. Noțiunea de *undue influence* a fost creată de Curtea de echitate (*The Chancery Court*, Curtea Cancelariatului), înaintea anului 1875, cu scopul de a introduce, în drept, valoarea morală a echității. Spre deosebire de noțiunea de leziune din dreptul francez, *undue influence* este considerat un viciu subiectiv, cu aplicație generală¹. Din perspectiva sferei de aplicare, putem afirma că *undue influence* se apropie de concepția dreptului canonic.

Concepția subiectivă, adoptată de sistemul *common law*, presupune două elemente, și anume: elementul subiectiv și elementul material. În acest sistem, pentru stabilirea abuzului de influență precădere are elementul subiectiv, care vizează conduita abuzivă a lezantului ce determină pe lezat să contracteze în condiții nefavorabile, și apoi elementul material, care constă în disproporția dintre obligații. Conduita lezantului, în momentul contractării trebuie să nu contravină moralei².

Domeniul de aplicare a abuzului de influență, în *common law*, comparativ cu sistemul de drept francez, este extrem de generos. Astfel, acesta își găsește aplicare la toate contractele, indiferent că sunt cu titlu oneros sau gratuit, sinalagmatice sau unilaterale, consensuale sau reale, comutative sau aleatorii. În dreptul anglo-saxon, *undue influence* oferă protecție, în cazul contractelor cu titlu oneros, ambelor părți contractante.

Între aceste două sisteme opuse (sistemul obiectiv francez, respectiv, sistemul subiectiv anglo-american) pe o linie mediană se situează sistemul mixt german.

Conform paragrafului 138 din C. civ. german (*Bürgerliches Gesetzbuch*), leziunea este privită atât din punct de vedere subiectiv, al elementului intențional, cât și din punct de vedere obiectiv, al disproporției vădite dintre obligații. În dreptul german, leziunea este reglementată de către puterea legislativă, aspect care o apropie de dreptul francez, însă domeniul vast de aplicare, o apropie de dreptul anglo-saxon. Cu toate că în sistemul de drept german se regăsesc elemente din dreptul francez și din dreptul anglo-saxon, acesta este o creație originală a legiuitorului german³.

¹ I.G. Lipovanu, *op. cit.*, p. 38-40.

² *Ibidem*, p. 42

³ În acest sens, a se vedea I.G. Lipovannu, *op. cit.*, p. 40.

QUINTUM COLIGAM

În al cincilea rând, vom face posibilă o exegeză a textului prin *littera*, analiza gramaticală, *sententia*, contextualizare și *sensus*, identificarea sensului obscur.

Littera: „Majorul nu poate, pentru leziune, să exercite acțiunea în resciziune”.

Legiuitorul român a prohibit expres exercitarea acțiunii în resciziune de către o persoană majoră. În primul rând, vom analiza sensul termenilor utilizați de legiuitor, în textul de mai sus. Prin utilizarea termenului de *major*, legiuitorul are în vedere persoana care a împlinit vârsta de 18 ani și care are capacitate deplină de exercițiu. Potrivit art. 8 alin. 1 din Decretul nr. 31/1954 „capacitatea deplină de exercițiu începe de la data când persoana devine majoră”¹. Cu alte cuvinte, persoana majoră este acea persoană care are aptitudinea de a dobândi și exercita drepturile civile și de a-și asuma obligații civile prin încheierea de acte juridice. În concepția legiuitorului, majorul are aptitudinea necesară de a conștientiza consecințele actelor pe care le încheie. *Leziunea*, din punct de vedere etimologic, provine din latinescul *laesio*, și exprimă noțiunea de vătămare, de daună, de prejudiciu².

În dreptul roman, în cazul vânzării imobiliare, când disproporția valorică depășea jumătate din valoarea reală a bunului în raport cu prețul obținut, pentru a desemna noțiunea de leziune, se folosea expresia *laesio enormis*³. Expresia *laesio enormis* este alcătuită din substantivul *laesio* și adjectivul *enormis*.

Legiuitorul francez, adoptând concepția latină obiectivă a preluat termenul de leziune. Ca o consecință a faptului că dreptul francez a constituit modelul legislativ pentru multe legislații, în legislațiile latine se folosește termenul de leziune, pentru a desemna noțiunea de disproporție vădită dintre prestații.

Acțiunea în resciziune este acțiunea prin care partea lezată solicită anularea actului juridic⁴. Prin admiterea acțiunii în resciziune convenția dintre părți se desființează cu caracter retroactiv. În consecință, cumpărătorul este obligat să restituie bunul ce a constituit obiectul contractului, iar vânzătorul trebuie să restituie prețul primit de la cumpărător⁵.

În *common law*, leziunea este cunoscută sub denumirea de *undue influence*.

Sententia

Sensul filosofic

Discuția ce se naște în jurul noțiunii de *laesio enormis* pornește de la piatra de

¹ Ș. Răuschi, Gh. Popa, Ș. Răuschi, *Drept civil. Teoria generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Ed. Junimea, Iași, 2000, p. 238.

² G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 171.

³ A se vedea V.M. Ciucă, *op. cit.*, p. 723.

⁴ G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 172.

⁵ I.G. Lipovanu, *op. cit.*, p. 23-24.

temelie a filosofiei dreptului roman, și anume de la ideea de echitate. Termenul de echitate provine din latinescul *aequitas*, care semnifică noțiunile de dreptate, de cumpătare, de nepărtinire. *Aequitas* se apropie mai mult de înțelesul dreptului: *aequitate republica genere sau animi aequitas*.

Acțiunea principiului echității privește atât activitatea legiuitorului cât și activitatea de interpretare și aplicare a dreptului. Astfel, în dreptul roman, resciziunea pentru leziune era mijlocul de apărare a celor lipsiți de protecție juridică, a celor săraci și umili, în fața celor puternici, bogați. Dreptul natural se împletește cu ideea de echitate: „Roma nu a avut o filosofie originală dar, după cum în Orient obiectul suprem al activității spirituale a fost religia, iar în Grecia filosofia, în Roma a fost dreptul, și în acesta înțelepciunea romană a excelat”¹. Echitatea, valoarea supremă, ca temei al acțiunii în resciziune a triumfat în concepția latină.

Celor trei precepte ale jurisprudenței romane: „Honeste vivere, suum cuique tribuere, neminem laedere”, Leibniz le asociază trei trepte de adevăr și de bine:

- prima o constituie *probitas* sau *pietas* (aceasta se referă la Dumnezeu);
- cea de-a doua – *aequitas* - se referă la umanitate;
- a treia, *jus* sau *jus strictum* se referă la stat.

Pacta sunt servanda înlătură leziunea și, astfel, libertatea înlătură echitatea. Leziunea este prețul dureros al libertății. Este posibil o astfel de plată?

Dreptul anglo-saxon cuprinde două importante ramuri: *common law*, respectiv, *equity law*. Echitatea este alcătuită din reguli de drept instituite anterior unificării jurisdicțiilor engleze, de articole speciale, tocmai pentru atenuarea cerințelor impuse de *common law*.

Sensul social și religios

Dreptul natural, intrinsec naturii umane afirmă necesitatea existenței acțiunii în resciziune pentru leziune, indiferent dacă este vorba despre un minor sau un major. Acesta este un element de ordin moral ce trebuie recunoscut relațiilor dintre indivizi. Stoicii vedeau adevărata libertate în omul înțelept, ghidându-se după principiul suprem al eticii „a trăi conform naturii”. Lumea în care trăim oferă multe coordonate de care legiuitorului trebuie să țină seama: libertate, echitate, morală. Acesta nu trebuie ca să aleagă o singură valoare, suprimându-le pe celelalte, ci trebuie să găsească modul în care dreptatea să triumfe.

Libertatea este una singură, și își găsește aplicarea în exprimare, gândire, contractare. Libertatea este un cumul al libertăților condensată în cadrul legilor. Nu ar fi just să conchidem „être libre signifie à l'exercer à être ...”, dar lipsa îngrădirilor, mai ales în domeniul juridic, duce la haos, la dezordine, la inequități. Libertatea se manifestă în cadrul ordinii morale și omul este liber să facă tot ce legea îi îngăduie.

Legile morale conduc viața, dar nu și societatea. Din păcate legea morală se rezumă doar la enunțarea principiilor primare, cu caracter de generalitate, neindicând în mod concret sancțiunile aplicabile în cazul în care este încălcată, spre

¹ Giorgio del Vecchio, *op. cit.*, p. 62.

deosebire de legile juridice. Sunt necesare legi juridice care să reglementeze minuțios principiile generale cuprinse în legile morale. Pe parcursul istoriei umanității a fost demonstrat faptul că au existat și încă mai există legi care contrazic drepturile naturale ale omului, deci care sunt nedrepte, sfidând astfel legile morale. Asemenea legi nu poate avea o viață lungă pentru că nu pot fi respectate. Dacă s-ar respecta o asemenea lege ar însemna că omul acționează împotriva firii umane și a învățăturii divine¹.

Ființa umană trăiește într-un univers al valorilor fiind supusă neîncetat în fața situațiilor când trebuie să aleagă, resimțind acut nevoia unei ghidări apreciative, a unei opțiuni valorice. Valoarea este considerată a fi un ideal de neatins sau de nerealizat, o ordine deasupra realității, un tărâm non-sensibil, pur spiritual².

Prin exercitarea dreptului de libertate, individul nu trebuie să aducă atingere libertății celor din jurul său. Se pot naște situații când o persoană care se află într-o situație delicată din punct de vedere financiar, să contracteze în condiții nefavorabile, și astfel își fac apariția contractele lezionare, convenții care contravin bunelor moravuri.

În sociologie, se face distincție între morală și moravuri, spre deosebire de vorbirea curentă unde această distincție nu-și mai face simțită prezența, deoarece noțiunea de morală înglobează și conduita morală. Actualmente, noțiunea de „bune moravuri” a fost înlocuită cu cea de „reguli de conviețuire socială”³. Sociologia și antropologia relevă tot mai mult determinarea recunoașterii prin excelență a valorilor, ca fapte sociale și nu numai ca referințe sociale, creația de valori fiind o dimensiune generală a umanului. Deși oamenii au realizat ierarhii ale valorilor în funcție de importanța pe care societatea o acordă acestora și de modul cum ele contribuie la satisfacerea trebuințelor, aspirațiilor, valorile nu se subordonează una alteia⁴.

Sensul economic

Libertatea persoanei și proprietatea apar ca drepturi naturale și inerente omului. Atributul esențial al dreptului de proprietate constă în prerogativa proprietarului de a decide soarta bunului său, atât din punct de vedere material cât și juridic. Facultatea titularului dreptului de proprietate de a înstrăina acest drept asigură libera circulație a bunurilor creând astfel o relație directă cu interesele economice.

Sensul politic

Realizarea păcii sociale se poate efectua doar cu stricta observare a acestei

¹ A se vedea E. Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 15, 25-26.

² A se vedea I. Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 319.

³ I. Albu, *Libertatea contractuală*, în *Dreptul*, nr. 3/1993, p. 34-35.

⁴ I. Craiovan, *op.cit.*, p. 319-324.

valori supreme care este echitatea individuală și socială fără ignorarea libertății.

Sensus – identificarea sensului obscur.

Prohibiția acordării acțiunii în resciziune majorului a fost legiferată în cadrul unei societăți doritoare de libertate, de progres. Cu toții cunoaștem că, în raporturile juridice de drept civil, părțile contractante se află pe poziție de egalitate juridică. Este lesne de observat că legiuitorul român a creat cadrul propice pentru atingerea interesului personal al individului, aducând în acest mod atingere principiului egalității părților contractante.

În opinia noastră, legiuitorul oferă plusului de valoare, pe care o parte îl obține în urma unei vânzări care s-a încheiat în condiții nu tocmai favorabile, caracter legal. Întrezărim aici eventuala consecință greu acceptabilă, aceea în care partea ce beneficiază de un plus de valoare obținut în urma unei convenții, indirect, se îmbogățește fără justă cauză.

SEXTUM OPPONAM ET QUESTIO

În al șaselea rând, vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca să lămurim contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada:

- teză - *pro auctoritas*;
- antiteză - *contra auctoritas*;
- sinteză - *dicta sive concordantia discordantium sive conjunctio oppositorum*.

Teza (*pro auctoritas*) – în legislația românească, leziunea nu este acceptată drept cauză generală de anulare a contractelor încheiate de persoanele majore, spre deosebire de legislațiile altor state. C. civ. român prevede *expressis-verbis* că acțiunea în resciziune pentru leziune poate fi exercitată numai de către o persoană cu capacitate restrânsă de exercițiu, care a încheiat singură acte juridice de administrare (pentru a căror validitate era necesară încuviințarea prealabilă a ocrotitorului legal). Această regulă prezintă caracter imperativ și este de strictă interpretare. Legiuitorul a privit leziunea ca pe o problemă legată de capacitate și, din acest considerent, credem că nu recunoaște acțiunea în resciziune și persoanelor majore. Acțiunea în resciziune este prevăzută ca un mijloc de protecție care este la îndemâna persoanelor cu capacitate restrânsă de exercițiu, și care au fost lezate prin încheierea unui act de administrare.

Credem că interdicția este prevăzută și din considerentul că atunci când o persoană majoră hotărăște să înstrăineze un bun, acesta ar trebui să mediteze mai mult în luarea acestei decizii. Legiuitorul a dorit ca persoana majoră să conștientizeze că cei cu care contractează e posibil să dorească mărirea propriilor patrimonii în dauna sa.

Un alt argument, pentru care considerăm că această prohibiție a fost

prevăzută în legislația românească, ar fi acela că toate contractele sinalagmatice se bucură, până la proba contrară, de prezumția bunei-credințe. Art. 970 C. civ. prevede: „Convențiile trebuie executate cu bună-credință. Ele obligă nu numai la ceea ce este expres într-însele, dar la toate urmările, ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației, după natura sa”. Cel care va aprecia dacă buna-credință a fost respectată de părți și dacă contractul nu este lezionar, va fi judecătorul, care va face apel la principiul echității¹.

Dar ne punem întrebarea: oare numai o persoană cu capacitate de exercițiu restrânsă poate fi lezată prin încheierea unei convenții?...

Antiteză (*contra auctoritas*) - din cele prezentate mai sus s-a observat că multe legislații recunosc dreptul de a exercita acțiunea în resciziune, pentru leziune, și persoanei majore.

Considerăm că persoana majoră ar trebui să aibă dreptul de a exercita acțiunea în resciziune din mai multe considerente. Unul dintre aceste considerente este acela că ni se pare inechitabil art. 1159 C. civ., potrivit căruia „minorul care face o simplă declarație că este major are acțiunea în resciziune”. Pornind de la noțiunea de echitate și libertate și având în vedere dispozițiile art. 1159, considerăm că atât articolul care dă dreptul minorului de a exercita acțiunea în resciziune și atunci când acesta declară că este major, cât și articolul care interzice această acțiune majorului sunt inechitabile. În concluzie, ni se pare și mai inechitabil ca minorul ce declară că este major să aibă acțiunea în resciziune, decât inechitatea pe care legislația actuală ar considera-o că s-ar produce dacă s-ar recunoaște această acțiune și majorului.

În condițiile actuale, când informația ne invadează, sunt numeroși minori care au printre altele și cunoștințe, vagi, despre legislație. Raportându-ne la art. 1159 C. civ., observăm cu ușurință culpa majorului care contractează cu minorul, dar și intenția cu care minorul acționează pentru încheierea unui act juridic, pe care el nu are dreptul să îl încheie fără încuviințarea ocrotitorului legal. În acest caz, se observă că legiuitorul sancționează mai grav culpa persoanei majore care contractează cu minorul, decât intenția minorului. Și atunci ne punem următoarea întrebare: ce este echitabil, să acordăm dreptul la acțiune în resciziune minorului care acționează cu intenție, sau să nu recunoaștem acest drept persoanei majore?

Nu trebuie pierdut din vedere aspectul că în dreptul civil nu se face, de regulă, distincție între culpă și intenție. Totuși, noi considerăm că în acest caz ar trebui făcută distincție între cele două forme de vinovăție.

Dacă legiuitorul a privit leziunea ca pe o problemă legată de capacitate, ne punem încă o întrebare: care este diferența între un minor care are vârsta de 17 ani și 10 luni și încheie un contract și o persoană majoră? Referitor la minor, dacă se dovedește că a fost lezată el are dreptul de a exercita acțiunea în resciziune pe motiv de leziune, însă dacă tot aceeași persoană, contractează peste două luni în condiții lezionare nu se mai poate solicita anularea contractului pe motiv de leziune.

¹ V.M. Ciucă, *op. cit.*, p. 799-800.

Sinteza - din cele expuse mai sus se observă că legislațiile se pot împărți în trei categorii, dacă le raportăm la modul cum abordează problema leziunii în cazul persoanei majore. Astfel, există legislații care recunosc acțiunea în resciziune majorului numai dacă este exercitată de vânzător, legislații care au extins sfera de aplicare a acțiunii și la cumpărător și legislații care nu recunosc majorului o asemenea acțiune.

Încercând o conciliere a celor trei perspective ale leziunii, în cazul persoanelor majore, suntem de părere că legiuitorul român ar trebui să reflecteze asupra importanței acestei cauze de anulare a contractelor și să adopte, eventual, modelul francez al resciziunii parțiale (din punct de vedere subiectiv dar și material).

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și excepțiilor, inclusiv *exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere de *lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

Potrivit opiniei noastre, sfera de aplicare a acțiunii în resciziune ar trebui extinsă atât în ceea ce privește persoanele, cât și în ceea ce privește sfera actelor. Aici se impun câteva precizări:

- în ceea ce privește acțiunea în resciziune, aceasta ar trebui admisă în cazul tuturor contractelor cu titlu oneros;
- de această acțiune ar trebui să poată beneficia, în caz de leziune, numai debitorul obligației principale supravaloare;
- pentru admiterea acțiunii în resciziune, pe motiv de leziune, trebuie dovedit că disproporția dintre valoarea reală a bunului ce a făcut obiectul contractului și prețul primit reprezintă mai mult de jumătate din valoarea bunului la momentul încheierii contractului, după cum ar trebui dovedită și starea de necesitate în care se afla lezatul, în momentul contractării;
- pentru a fi acceptată acțiunea în resciziune considerăm că acesta trebuie să fie intentată în termen de trei ani, termen care să în ceapă să curgă de la data încheierii contractului;
- natura bunului, mobilă sau imobilă, care a constituit obiectul contractului lezionar, să nu prezinte relevanță în admiterea acțiunii.

Această din urmă precizare se impune din considerente de ordin economic. La momentul apariției conceptului de leziune, bunurile imobile aveau valoare economică ridicată față de valoarea bunurilor mobile. Această disproporție de valoare dintre cele două categorii de bunuri a existat până în secolul al XIX-lea, când a început să se acorde o importanță deosebită bunurilor mobile. Poate că acesta a fost unul dintre elementele care au determinat ca acțiunea în resciziune să fie invocată,

pe motiv de leziune, numai în cazul contractelor care aveau ca obiect bunuri imobile. În prezent, este știut faptul că sunt bunuri a căror valoare economică este cu mult mai mare decât valoarea unor bunuri imobile, de aceea considerăm ca sfera de aplicare a acțiunii în resciziune să fi aplicată și în cazul contractelor care au ca obiect un bun mobil.

După cele prezentate mai sus, apreciem că întreaga secțiune din C. civ. intitulată, actualmente, „Despre acțiunea de anulare sau resciziune” ar trebui să fie modificată, iar unul dintre articole ar trebui să dispună, în concepția noastră, că: „Acțiunea în resciziune poate fi exercitată atât de persoanele cu capacitate restrânsă de exercițiu cât și de majori”.

Bibliografie

1. Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil roman în comparațiune cu legile vechi și principalele legislațiuni stăine*, Tomul VII
2. Gheorghe Beleiu, *Drept civil roman*, Ed. Șansa, București, 1994
3. Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001
4. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000
5. Florin Ciutacu, *Codul civil roman adnotat*, Ed. Theora, București, 2000
6. Ion Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2001
7. C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoian, *Tratat de drept civil român*, ed. îngrijită de Dumitru Rădescu, Ed. All Beck, București, 1996
8. I.G. Lipovanu, *Egalitate și contract-studiu de drept civil comparat*, Ed. Tipografia Alexandru A. Țarek, Iași, 1946
9. I.G. Lipovanu, *Concepția latină asupra leziunii în contractile dintre majori*, Ed. Tipografia Alexandru A. Țarek, Iași, 1942
10. Ștefan Răuschi, Gheorghe Popa, Ștefania Răuschi, *Drept civil. Teoria generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Ed. Junimea, Iași, 2000
11. Giorgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ediția a IV-a a textului italian, Ed. Europa Nova, București, s.a.
12. Eugeniu Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997
13. Dreptul, nr. 3/1993
14. www.legi-internet.ro/civil/coduri
15. www.legifrance.gouv.fr
16. www.jus.unit.it/cordozo/obiter_Dicum/codciv/
17. www.mișcarea.com

*

* *

Introito, nam et hic dū sunt¹

¹ „Intrați, căci și aici sunt zei” (Heraclitus), „Ființa se manifestă cu plenitudine inclusiv în lucrurile umile”, cf. E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 130.

MANDATUL APARENT, INSTRUMENT DE TRANSFORMARE A FALSEI REALITĂȚI ÎN SURSĂ DE OBLIGAȚII

Elena Gârlici

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, voi analiza textul juridic prin:

Lectura, prezentarea integrală a textului juridic, eventual interpolat:

Art. 1546 din C. civ. român: „Mandantul este îndatorat a îndeplini obligațiile contractate de către mandatar în limitele puterilor date.

Nu este îndatorat pentru tot ceea ce mandatarul ar fi făcut afară din limitele puterilor sale, afară numai când a ratificat expres sau tacit”.

Summa, rezumatul textului: Actele îndeplinite de mandatar în afara împuternicirii primite nu ar trebui să îl oblige în nici un fel pe mandant, întrucât sunt pentru el *res inter alios acta*. Sancțiunea care intervine în cazul încheierii unui act juridic prin reprezentare, dar cu depășirea puterilor conferite, este inopozabilitatea. Textul presupune, însă, ca actul juridic încheiat de mandatar cu terțul să fi fost valabil; dacă actul a fost încheiat cu încălcarea condițiilor de fond sau formă cerute *ad validitatem*, contractul în cauză este nul, iar *quod nullum est, nullum producit effectum*.

Practica judiciară și doctrina de specialitate au înclinat spre soluția opozabilității față de mandant a actelor juridice încheiate de mandatar cu terții de bună-credință, dacă a existat o aparență de reprezentare, iar credința terților în puterile mandatarului era legitimă, adică existau circumstanțe care autorizau pe aceștia să nu verifice limitele exacte ale puterilor mandatarului.

Drept urmare, terțul va putea cere mandantului executarea obligațiilor contractuale asumate prin mandatarul fără puteri de reprezentare. Mandantul va putea acționa împotriva terțului numai dacă ratifică actul încheiat de către mandatarul aparent; producând efecte retroactive, ratificarea convertește mandatul aparent într-un mandat cu reprezentare, efectele ratificării producându-se de la data contractării mandatarului aparent cu terțul. În absența ratificării, răspunderea mandatarului aparent față de mandant poate fi angajată numai pe teren delictual sau ca un *negotium gestor* (art. 986-991 din C. civ.).

Față de terțul contractant, mandatarul aparent va da socoteală numai dacă

sunt îndeplinite condițiile răspunderii delictuale, deoarece el a contractat nu în nume propriu, ci în numele și pe seama pretinsului mandant¹.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, voi începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, imaginară, identific legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică; operă de diagnoză juridică.

1. Un notar încheie, în contul unui client al său care nu i-a dat mandat, un act ce reiese din obligațiile sale profesionale.

2. Un agent imobiliar închiriază, pentru clienții săi, un apartament cu trei camere, într-o zonă de periferie, în loc să închirieze un apartament cu trei camere, într-o zonă centrală.

3. Un agent imobiliar, în loc să închirieze un imobil, încheie un contract de depozit în calitate de depozitar.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, voi cerceta prima axă a investigației comparatiste, cea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept.

În dreptul roman, noțiunea de mandat nu respecta definiția modernă, ideea de mandat nu era legată, în acea perioadă, de ideea de reprezentare: părțile, cunoscându-se direct și personal, puteau să evite surprizele insolvenței vreunui intermediar².

Începând cu secolul al XIV-lea, o dată cu dezvoltarea consensualismului, reprezentarea voluntară a fost mai clar înțeleasă: mandantul putea lăsa mandatarului o putere de inițiativă, iar mandatarul nu era responsabil de acțiunile sale, în cazul în care acționa în limitele mandatului său.

Mandatul aparent a apărut pe cale pretoriană, spre sfârșitul secolului al XIX-lea, o dată cu detașarea reprezentării față de mandat și cu dezvoltarea teoriei aparenței. Mandatul devine o noțiune distinctă, întrucât poate să facă sau nu obiectul puterii de reprezentare. Așa cum există mandat fără reprezentare, se recunoaște și reprezentarea fără mandat.

¹ C. Macovei, *Contracte civile*, vol. II, Ed. Universității „Al. I. Cuza”, Iași, 2005, p. 104.

² V.M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000, p. 873.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare, voi cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial din C. civ. napoleonian, la texte similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum, e.g. *common-law*, drept islamic etc.

În dreptul francez, art. 1998 al C. civ. determină efectele mandatului între mandant și terț: „mandantul e obligat să execute angajamentele contractate prin mandatar, conform puterii ce i-a fost date. El nu e obligat de ceea ce a fost făcut dincolo de mandat, decât în măsura ratificării exprese sau tacite”.

Principiul este că mandantul este obligat să execute obligațiile născute din contractul încheiat de mandatar, dacă mandatarul execută obligațiile conform puterii sale. Prin excepție, deși încheiat în cadrul puterii conferite de mandant, actul încheiat în urma înțelegerii frauduloase între mandant și terț nu-l leagă pe mandant. Când mandatarul acționează dincolo de puterile sale, actele realizate nu leagă mandantul. Regula privește atât ipoteza în care mandatarul și-a depășit puterile, cât și cea în care el acționează fără împuternicire. Prin excepție, mandantul este obligat, dacă ratifică actele încheiate de mandatar peste puterea sa ¹.

Jurisprudența franceză a reținut o concepție extensivă a teoriei mandatului aparent și a demonstrat forța aparenței creatoare de drepturi. S-a considerat că teoria mandatului aparent este susceptibilă de aplicare, chiar și în situația în care suntem în prezența unei reglementări exprese a mandatului scris, cum este cazul agenților imobiliari. În consecință, existența unui mandat scris nu este un obstacol pentru ca actul încheiat de mandatarul aparent să poată fi validat. Singura exigență impusă de Curtea de Casație ține de existența unei greșeli legitime a contractantului asupra puterilor mandatului.

În sens contrar, în practica Curții de Apel Suceava s-a subliniat că, în situația în care pentru actul pe care mandatarul urmează să-l încheie, se cere forma solemnă *ad validitatem*, cum este cazul înstrăinărilor care vizează terenuri, împuternicirea nu poate fi acordată printr-un mandat tacit și nici dedusă dintr-un mandat aparent, împuternicirea fiind necesară să îmbrace aceeași formă cu actul care urmează să fie încheiat².

Tendința excesivă a jurisprudenței este contestabilă, nu pentru a corecta rigoarea regulilor reprezentării, ci pentru a repara dauna suferită de un contractant. Astfel, o hotărâre a Camerei Comerciale a Curții de Casație franceze, din 17 octombrie 1995, este semnificativă în această privință: o persoană aflată sub curatelă

¹ C. Roșu, *Contractele de mandat și efectele lor în dreptul civil și comercial*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 91.

² Curtea de Apel Suceava, secț. civ., dec. nr. 712/1996, în P. Perju - *Practică civilă – comentată și adnotată*, Ed. Continent XXI, București, 1999, p. 195.

încheiase două contracte cu un intermediar, unul prin care acesta se angaja să-i acorde sfaturi pentru a obține cele mai bune profituri, iar celălalt fiind un contract de împrumut. Acest intermediar era el însuși beneficiarul unui contract de franciză, având drept obiect consilierea și intermedierea de relații umane, astfel că nu ar fi putut să-i acorde persoanei incapabile asistența de care avea nevoie pentru încheierea contractelor. Persoana pusă sub curatelă l-a citat pe intermediar, pe fondul unui mandat aparent, pentru nulitatea celor două contracte și restituirea sumelor vărsate.

Tribunalul de mare instanță din Valenciennes a admis cererea, iar Curtea de Casație a respins recursul intermediarului. Din această hotărâre rezultă că invocarea teoriei mandatului aparent poate permite, de asemenea, obținerea nulității unui contract și nu doar menținerea lui. Hotărârea se explică pe considerente morale și vizează asigurarea drepturilor unei persoane incapabile¹.

În fundamentarea teoriei mandatului aparent, jurisprudența franceză a pus în lumină influența mai puternică a anumitor elemente în aprecierea încrederii legitime: calitatea intermediarului, calitatea terțului.

Importanța actului este un alt criteriu reținut pentru stabilirea mandatului aparent. Astfel, un profesionist este obligat la mai multă diligență decât un neprofesionist. Cu cât actul este mai important, cu atât vigilența terțului trebuie să fie mai mare. Natura actului nu e considerată un criteriu decisiv: mandatul aparent se întinde la toate actele, chiar și la cele mai grave, cum sunt actele de dispoziție. Totuși, în acest ultim caz, legitimitatea greșelii terțului se apreciază cu mai multă severitate.

În materie de mandat, încrederea legitimă valorează titlu. În dreptul francez², pentru a exista mandat aparent, trebuie îndeplinite următoarele trei condiții:

1. să existe aparența de mandat, deci o persoană să se comporte în fapt ca un mandatar, dar în realitate să nu aibă astfel de puteri sau să le fi depășit;
2. terțul să fie de bună-credință; jurisprudența cere ca terțul să fi comis o greșeală legitimă sau să existe motive pentru care să creadă în puterile mandatarului;
3. mandatul aparent să poată fi imputat pretinsului mandant, condiție care nu se poate îndeplini fără dificultate: după exprimarea Curții de Casație, nu există mandat aparent „dacă pretinsul mandant a rămas complet străin de aparență”. Ulterior însă, instanța supremă din Franța a decis că existența mandatului aparent nu este subordonată, în mod necesar, unei culpe susceptibile de a-i fi imputată mandantului, dacă sunt îndeplinite celelalte condiții³.

În dreptul italian, art. 1711 al C. civ. stabilește că „mandatarul nu poate depăși limitele fixate în mandat. Acțiunile care depășesc limitele mandatarului revin mandatarului, dacă mandantul nu le ratifică”. Interpretarea acestei norme a

¹ *Apud*: C. Mascala, C. Saint-Alary-Horuin, *Droit civil. Les Contrats civils et commerciaux*, 3 éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 160.

² Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Edition Cujas, Paris, 1989, p. 281.

³ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil. Principaux Contrats*, Tome III, deuxième volume, Edition Montchrestien, Paris, 1968, p. 595.

determinat apariția unor opinii diverse în cadrul doctrinei și a unor soluții contradictorii în jurisprudență. O primă problemă care s-a pus a fost aceea dacă situația prevăzută de art. 1711 al C. civ. italian se aplică numai ipotezelor de exces de mandat sau tuturor celorlalte ipoteze de neglijență în afaceri. Doctrina a pus în evidență faptul că identificarea acțiunii care reprezintă un abuz al mandatarului se face cu privire la interesul mandantului, cu urmarea că numai acțiunea care este în contradicție cu acest înțeles realizează ipoteza prevăzută de art. 1711.

În doctrina italiană s-a afirmat că evaluarea pentru stabilirea abuzului mandatarului poate avea ca punct de referință, în mod exclusiv, instrucțiunile primite de acesta pentru executarea însărcinării, în așa fel încât abaterea de la instrucțiunile primite, acolo unde acestea sunt precise și determinate, realizează abuzul de mandat.

Pe de altă parte, în jurisprudență a fost evidențiat faptul că, acolo unde mandatarul are o conduită care se abate de la instrucțiunile primite, dar care realizează interesele mandantului, nu apare ipoteza de abuz.

Referitor la consecințele excesului de mandat, actul sau actele care depășesc cadrul mandatului rămân în seama mandatarului. Acesta răspunde personal pentru obligațiile asumate, cu excepția cazului în care există posibilitatea ca mandantul să ratifice acțiunile mandatarului, în acest caz ratificarea având funcția de a readuce actul excedentar în cadrul contractului de mandat. Se consideră că mandantul păstrează întotdeauna dreptul de a aproba, chiar în mod tacit, acțiunile mandatarului care a realizat o ipoteză de abuz, făcând în acest mod să dispară responsabilitatea mandatarului¹.

Mandatului aparent îi corespunde, în sistemul de *common-law*, instituția *agency by estoppel*. În cazul împuternicirii aparente – *agency by estoppel* – principalul creează, prin vorbele sau conduita sa, o aparență, astfel că este lipsit de dreptul (*estopped*) de a pretinde că un contractant nu este agentul său. Fiind o aplicare a principiului *estoppel*-ului, specific dreptului englez, prin această prezumție o persoană care nu a dat împuternicire alteia, dar care s-a comportat ca și cum ar fi dat împuternicire agentului, nu mai poate să înlăture comportarea sa și trebuie să accepte să fie tratată ca atare, dacă terțul se bazează pe împuternicirea aparentă. Numai în ipoteza în care terțul ar ști că agentul nu are împuternicire, principalul nu ar mai putea fi obligat².

Mandatul aparent nu este reglementat, în prezent, decât în C. civ. olandez și în Convenția UNIDROIT 1983 de la Geneva privind agenția în vânzările internaționale, dar este cunoscut în sistemul de *common-law* și acceptat în doctrina și practica judiciară în majoritatea statelor europene. În Principiile Dreptului European al Contractelor, potrivit art. 3:201 alin. 3 se prevede că „acela ale cărui declarații sau comportament l-au determinat pe terț să creadă, în mod rezonabil și cu bună-

¹ C. Roșu, *op. cit.*, p. 101.

² R. Munteanu, *Contracte de intermediere în comerțul exterior al României*, Ed. Academiei, București, 1984, p. 28.

credință, că reprezentantul aparent a fost împuternicit pentru actul pe care l-a încheiat, este considerat că a dat mandat”.

QUINTUM COLLIGAM

În al patrulea rând voi face o posibilă exegeză a textului prin:

Littera – analiza gramaticală: Analiza gramaticală presupune evidențierea noțiunilor de „în limita puterilor date” și a „ratificării” actelor juridice.

Este neîndoielnic, potrivit jurisprudenței și doctrinei, că un mandat nu poate fi executat în toate situațiile *ad litteram*, de unde concluzia că schimbările și depășirile ne semnificative nu înseamnă un mandat neîndeplinit. Mandatarul este, de asemenea, obligat să îndeplinească și acele acte care sunt rezultatul necesar al mandatului primit. Mandatarul nu va putea îndeplini un act din altă categorie juridică decât cea pentru care a fost însărcinat. Mandatul aparent nu poate fi recunoscut pentru încheierea unui act de dispoziție în locul unuia de administrare.

Ratificarea, asigurând opozabilitatea actului, are drept efect angajarea patrimoniului mandantului ca și când ar fi existat un mandat *pro toto* (*ratihabitio mandato aequiparatur*).

Sententia

Sensul filosofic

Marcel Planiol, vorbind despre libertatea actelor juridice civile, se întreba în ce măsură forma, condițiile și efectele actelor juridice civile depind de voința părților contractante. El afirmă că voința părților nu e nici absolut liberă și nici absolut reprimată de lege, ci se bucură de o autonomie parțială, idee susținută și printr-o regulă fundamentală care, deși nescrisă, ne e cunoscută tuturor: tot ceea ce nu e interzis de lege este permis.

Dreptul este, după Hegel, „existența voinței libere”, adică este libertatea care se manifestă în mod extern, este existența externă a libertății. Voința omului este în mod esențial liberă: este liberă prin faptul însuși că este voință. Libertatea care este realizată în formele externe ale dreptului este neîndestulătoare; de aceea, se retrage în sine însăși și se obține moralitatea (conștiința morală) sau momentul subiectiv al datoriei care este, la rândul său, incert și insuficient.

Pentru Schopenhauer, libertatea e o iluzie care ține de felul nostru omenesc de a o înțelege. Omul nu se poate sustrage presiunii Voinței Absolute. Alegerea noastră e hotărâtă în imperiul voinței. Ceea ce numim „alegere” este, de fapt, alegerea operată de voință, iar libertatea nu e altceva decât manifestarea necesității voinței.

Sensul social

De sorginte pretoriană și prezentând un caracter „subsidiar” pentru situațiile în care instanțele n-au putut invoca un alt criteriu sau un alt fundament pentru susținerile lor, teoria aparenței și-a extins aplicația în toate ramurile dreptului. În esență, această teorie are ca fundament ideea că existența unor semne exterioare ostensibile este de natură să inducă terților credința în realitatea unei situații juridice, determinând, în condițiile prevăzute de lege, preeminența acelei situații față de realitatea juridică. Se tinde, astfel, la asigurarea securității operațiunilor juridice.

Sensus

Doctrina modernă consideră că adevărata explicație a reprezentării se găsește în „puterea creatoare a voinței”. A afirma – spune Ripert – că reprezentarea se analizează într-o substituție a voinței reprezentantului la voința reprezentatului este o constatare, dar nu o explicație¹.

În realitate, spune această teorie, în noțiunea de reprezentare există două elemente esențiale:

- 1) voința reprezentantului (a mandatarului) și
- 2) împuternicirea (abilitatea) dată acestuia de reprezentat în vederea încheierii unui act juridic.

De aici rezultă că, în materie de reprezentare, există două voințe care cooperează: voința reprezentantului și voința celui reprezentat, a celui care dă împuternicirea - mandantul, pentru a fi reprezentat.

Teoria mandatului aparent nu poate fi admisă decât prin acceptarea ca valabilă a voinței mandatarului. Pe de altă parte, valoarea juridică a voinței reale a mandantului este sacrificată în favoarea terțului de bună-credință.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, voi cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și voi încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada:

Teză - *pro auctoritas*: Două sunt elementele imanente ale aparenței: un element material, comportând toate semnele exterioare ale unei situații juridice veritabile: un element psihologic, provocat prin eroarea comisă.

Titularul aparent al dreptului trebuie să exercite „în fapt” prerogativele care, îndeobște, derivă din acel drept. Sursele aparenței pot fi o măsură de publicitate, un act juridic sau unele împrejurări de fapt.

Elementul psihologic, asociat celui material, este credință minimă și

¹ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français. Contrats civils*, tome XI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, p. 859.

rezonabilă, apreciată în raport cu circumstanțele. Anomaliile grosiere trebuie să stârnească suspiciunile terțului. Important este nu ca toată lumea să se înșele (*error communis facit ius*), ci ca terțul ce contractează cu aparentul mandatar să fie de bună-credință, ca el să se înșele în mod scuzabil, legitim, chiar dacă ar fi singurul credul. Dacă eroarea este grosolană sau poartă asupra unui element pe care terțul trebuia să-l cunoască sau era obligat să-l cunoască, nu există nici o rațiune pentru care el să fie protejat. Buna credință a terțului se prezumă potrivit regulilor generale, aparența trebuie însă dovedită de cel care o invocă. Judecătorul trebuie să detalieze în legătură cu aceasta, arătând în ce constă eroarea și faptul că ea este legitimă. S-a constatat o certitudine a bunei-credințe și, implicit, o ușurință a validării aparenței în materia contractului de mandat ce se datorează lipsei unor măsuri eficace în legătură cu mandatul însuși și cu încetarea lui.

Dacă sunt întrunite condițiile¹ „valorii indicative a faptelor”, cel care a acționat, crezând într-o aparență, trebuie tratat juridicește ca și cum acea aparență corespunde realității juridice. Faptele vorbesc ele însele, *res ipsa loquitur*, numai că ele nu spun adevărul. Protecția juridică se asigură prin combinarea a două tehnici derogatorii de la regulile obișnuite: inopozabilitatea situației oculte față de terțul indus în eroare prin aparență și extinderea efectelor obligatorii ale convenției încheiate față de veritabilul titular al dreptului aparent.

Contra auctoritas: Paradoxal, în drept, uneori, în anumite condiții, ceea ce nu corespunde realității se consideră totuși adevărat. Ar fi vorba – cum s-a spus uneori, poate puțin emfatic – de „triumful realismului”, corespunzând idealului justiției și coerenței ordinii juridice, de punere în acord *a posteriori* a faptelor cu exigențele juridice, de un coercitiv la „mecanismul normelor juridice”. În sensul material al termenului, aparență este o situație ostensibilă, de ordinul evidenței, prin ea însăși sau prin exercitarea dreptului.

O persoană, fără a fi titularul real al unui drept, făcând un act juridic în această calitate – de fapt, fără a avea o calitate reală – actul își produce efecte juridice, chiar împotriva titularului veritabil al dreptului care, eventual, se va putea cel mult prevala de inopozabilitatea actului. Pare o bizarerie juridică, întrucât astfel sunt contrazise câteva principii de ordinul evidenței: cerința consimțământului propriu pentru a deveni titular al unui drept sau al unei situații juridice dar, mai ales, pentru a deveni subiect al unei obligații juridice; relativitatea efectelor convențiilor, cu alte cuvinte, circumscrierea acestora numai la sfera persoanelor care, efectiv, direct sau prin reprezentare, au participat la încheierea lor; *nemo dat quod non habet, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. În definitiv, „teoria aparenței pare contrară regulilor impuse de logica juridică”, făcând să triumfe faptele asupra dreptului. Nu poate surprinde, deci, refuzul consacrării aparenței în drept ca un principiu general.

¹ I. Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea actelor juridice*, Ed. Rosetti, București, 2002, p. 63.

Dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum: În mod tradițional se face distincția între mandatul tacit¹ și mandatul aparent. La încheierea mandatului tacit, voința mandantului există, fiind valabil exprimată. În cazul mandatului aparent, terții contractează cu credința scuzabilă și legitimă (fără culpă, dar nu neapărat în situația erorii comune) că mandatarul are puteri de reprezentare, deși voința mandantului de a fi reprezentat lipsește, fie datorită faptului că mandantul a depășit împuternicirea, fie că mandatul a încetat anterior încheierii actului de către mandatar, fie că nici nu a existat.

Mandatul aparent nu se poate confunda nici cu gestiunea de afaceri. Gerantul săvârșește acte materiale, cât și acte juridice care nu trebuie să depășească limitele unui act de administrare și care nu-l angajează pe gerat decât dacă au fost utile; în cazul mandatului aparent se încheie doar acte juridice, inclusiv acte de dispoziție și nu interesează utilitatea lor.

De regulă, mandantul va pierde pe ideea de risc, în sensul că s-a expus unui pericol prin faptul că a conferit puteri unui mandatar care nu merita încrederea sa².

În cazul mandatului aparent nu există nici un raport contractual între mandant și mandatar. Deoarece „credința legitimă valorează titlu”, mandatul aparent va produce efecte întocmai ca în situația contractării cu un mandatar real.

Potrivit unei soluții a Curții de Casație din Franța³, „mandantul poate fi angajat pe baza unui mandat aparent chiar în absența unei greșeli susceptibile de a-i fi reproșată”. Astfel, aparența este pentru mandant o sursă de obligație, independent de orice referință de responsabilitate delictuală.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

Aparența salvează actul juridic de la nulitate. De aceea, doctrina tratează aparența în drept ca o regulă aflată în concurs cu principiul *quod nullum est, nullum producit effectum*⁴. În ipoteza depășirii limitelor mandatului de către mandatar, terții vor putea refuza executarea contractului cât timp mandantul nu l-a ratificat. Ei pot chiar să ceară anularea actului spre a evita ratificarea lui ulterioară de către mandant, ceea ce i-ar scuti de urmările unei convenții încheiate cu un mandatar care nu avea dreptul să o facă.

Teoria mandatului aparent nu este lipsită de pericole, căci o persoană se poate vedea obligată în baza unei aparențe, fără să fi vrut și fără ca actul să fie util. Mandatul aparent este acceptat de doctrină și uneori în practica judiciară într-o

¹ Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul juridic, București, 2002, p. 315.

² D. Gherasim, *Buna credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981, p. 213.

³ *Apud* F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebeque, *Contrats civils et commerciaux*, Edition Dalloz, Paris, 2002, pp. 527-528.

⁴ G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 250.

manieră extinsă ce intră în contradicție cu principiul interpretării restrictive a regulilor aplicabile mandatului.

În cazul mandatului aparent, se pornește de la ideea că o voință juridică (a mandatarului) poate înlătura o altă voință juridică (a mandantului). O asemenea idee este de neacceptat pentru că, în fapt, când mandatarul îndeplinește mandatul, el pune la baza actului juridic încheiat cu terțul voința mandantului, sursa puterii. Ceea ce se transmite prin contractul de mandat, de la mandant la mandatar este, pe lângă dreptul de a încheia actul juridic, voința.

În încercarea de a explica teoria aparenței, opiniile au fost diferite: reprezentarea titularului veritabil prin titularul aparent al dreptului – numai că titularul aparent n-are intenția de a reprezenta pe altul sau de a gera afacerile altuia, iar obligațiile ce derivă din actul juridic îndeplinit de el îi aparțin lui și numai lui; simulația, în temeiul căreia terții se pot prevala de o situație juridică creată printr-un act ostensibil – numai că simulația nu este decât un caz de aparență, iar tot ceea ce este aparent nu este în mod necesar simulat prin acordul intervenit între două persoane; responsabilitatea veritabilului titular al dreptului, fie pe temeiul riscului care rezultă din faptul că el este titular, fie al abuzului săvârșit de el prin nepunerea în valoare a dreptului ce-i aparține, așadar; pe temeiul răspunderii obiective care ar trebui să-i incumbe, atât în prima variantă explicată – „riscul” – cât și în cea de-a doua variantă – „abuzul” – ajungându-se, astfel, nu doar la inventarea unei răspunderi obiective, dar mai ales la sancționarea unei persoane a cărei voință nu a fost exprimată.

Ideea de mandat aparent nu poate fi acceptată în lipsa unei „greșeli” din partea titularului dreptului care, prin neglijența exercitării dreptului său, a creat ambianța unei aparențe înșelătoare. De aceea, *de lege ferenda*, propunem recunoașterea mandatului aparent numai pentru acele situații în care declarațiile sau comportamentul mandantului l-au determinat pe terț să creadă, în mod rezonabil și cu bună-credință, că reprezentantul aparent a fost împuternicit pentru actul pe care l-a încheiat.

Bibliografie

1. Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001
2. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000
3. Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001
4. Ion Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, București, 2002
5. Dimitrie Gherasim, *Buna credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981
6. Codrin Macovei, *Contracte civile*, vol. II, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2005
7. Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Droit civil. Les contrats speciaux*, Edition Cujas, Paris, 1989
8. Henri et Leon, Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil. Principaux Contrats*, Tome Troisième, Deuxième Volume, Editions Montchrestien, Paris, 1968
9. Roxana Munteanu, *Contracte de intermediere în comerțul exterior al României*, Ed. Academiei, București, 1984
10. Pavel Perju, *Practică civilă - comentată și adnotată*, Ed. Continent XXI, București, 1999
11. Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français. Contrats civils*, tome XI, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932
12. Claudia Roșu, *Contractele de mandat și efectele lor în dreptul civil și comercial*, Ed. Lumina-Lex, București, 2003

*

* *

In virtute posita est vera felicitas¹

¹ „În virtute se află așezată adevărata fericire” (Seneca, *De vita beata*, 5, 2), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 131.

CUMPĂRAREA DREPTURILOR SUCCESORALE, „VÂNĂTOARE DE ILUZII” A LUI ACTEON PE DOMENIUL SILVESTREI DIANA

Diana Hâncu
Alexandra-Gabriela Ailincăi

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, vom analiza textul juridic efectuând analiza textului juridic prin:

- *lectura*, prezentarea integrală a textului juridic eventual interpolat;
- *summa*, rezumatul textului.

Lectura: art. 1399 C. civ. dispune „Cel ce vinde o moștenire, fără a specifica cu de-amănuntul obiectele într-ânsa cuprinse, nu răspunde decât de calitatea sa de moștenitor”.

Summa: Cel ce vinde o moștenire garantează numai calitatea sa de moștenitor, nu și conținutul universalității transmise.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe hermeneutica propriu-zisă printr-o cazuistică reală sau eidetică, imaginară, identificând legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

Suntem în prezența unei vânzări de drepturi succesoriale în cazul în care X fiind instituit legatar universal de către Y, după decesul acestuia înstrăinează universalitatea obținută ca urmare a deschiderii succesiunii printr-un contract de vânzare-cumpărare lui Z. Problemele care se pun sunt două și anume, în primul rând limitarea posibilității de a înstrăina drepturile succesoriale doar după data deschiderii succesiunii și, în al doilea rând, deși în dreptul român nu este reglementată cesiunea unei obligații, pasivul succesoral se transmite prin această varietate a contractului de vânzare-cumpărare.

TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În al treilea rând, vom cerceta prima axă a investigație, cea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept.

În cazul vânzării unei moșteniri, vânzătorul, titular de drepturi asupra unui patrimoniu sau asupra unei fracțiuni dintr-un patrimoniu (moștenitorul universal sau cu titlu universal), transmite aceste drepturi cumpărătorului, în schimbul unei sume de bani plătite cu titlu de preț.

În dreptul roman¹ cesiunea moștenirii era aspru criticată de către sabinieni dacă ar fi fost făcută de un *heres necessarius* și considerată „fără valoare”, cesiunea moștenirii a fost abolită de către Justinian. Dar paulienii, asimilându-l pe moștenitorul *necessarius* unuia care a acceptat moștenirea au fost de acord, cu *in jure cessio* privitoare la succesiunea acceptată dar nedeschisă efectiv.

În ceea ce-i privește pe succesorii legitimi (*legitimi sive ab intestat*) și testamentari după acceptare, nu existau restricții la cesionarea drepturilor lor. Această cesiune nu atrăgea consecințe pe planul raporturilor lor cu terți față de care erau debitori, fie că ea derivă dintr-o donație, vânzare-cumpărare sau cu orice alt titlu; e.g. dacă cesiunea s-a făcut în urma unei vânzări, regulile de la *emptio-vendito* erau neafectate de calitatea de bun succesoral a lucrului vândut.

Și în Vechiul Testament² se întâlnește această formă a contractului de vânzare-cumpărare: Iacov cere fratelui său Isac să-i dea drepturile de întâi născut în schimbul unui preț care consta într-o fiertură de linte. Practic, nu este vorba de un contract de vânzare-cumpărare ci de contractul considerat a fi părintele acestuia și anume contractul de schimb.

În legislația română această instituție se găsește reglementată în Codul Calimach în art. 1711 cuprins în capitolul 36 care este intitulat „Pentru tocmală de noroc” aceasta pentru că acest contract era considerat ca având un caracter aleatoriu, datorită faptului că pasivul succesiunii poate fi mai mare decât activul ei. Art. 1711 avea următorul conținut: „Cumpărătorul unei moșteniri, care a primit-o ori care a drit a o primi vânzătorului, ia asupra-și ca un moștenitoriu nu numai driturile, ci și îndatoririle vânzătorului, dacă nu vor fi numai personalnice, așa dar dacă la această cumpărare și vânzare nu s-au pus cotaografie drept temei, se socotește și aceasta faptă de noroc”.

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. IV, Ed. Polirom, Iași, 2000, p. 1112.

² Eugeniu Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 97.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare vom cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textul matricial din Codul civil napoleonian, la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept precum e.g. *common-law*, dreptul islamic etc.

În C. civ. francez vânzarea-cumpărarea de drepturi succesoriale este tratată în art. 1696-1698. Art. 1696 are următorul conținut: „Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier”. După cum putem observa autorii C. civ. român nu au făcut decât să traducă textul din franceză fără ai aduce vreo modificare.

Art. 1697 dispune astfel: „S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente”.

Iar art. 1698 „L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire”.

După citirea acestor texte putem deduce că dreptul francez reglementează în aceeași manieră vânzarea-cumpărarea de drepturi succesoriale.

Alte reglementări civile inspirate din codul napoleonian mențin aceleași dispoziții, de exemplu C. civ. belgian care dispune în sensul următor:

Art. 1696 „Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier”.

Art. 1697 „S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente”.

Art. 1698 „L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire”.

La fel, și C. civ. din Quebec care, în plus, menționează: „Il (cumpărătorul) doit aussi acquitter les dettes de la succession dont le vendeur est tenu”, reglementare care nu este stipulată în mod expres în dreptul român dar în literatura de specialitate se consideră că vânzătorul are o acțiune în regres împotriva cumpărătorului dacă a achitat datoriile succesiunii.

Legislația italiană este și ea una în sensul interzicerii pactelor asupra unei succesiuni viitoare, reglementând contractul de vânzare-cumpărare a unei moșteniri în aceleași condiții ca și C. civ. napoleonian (având în plus următoarele dispoziții: actul de vânzare-cumpărare trebuie făcut în scris, pentru a fi valid, și se dispune în mod expres că vânzătorul și cumpărătorul răspund în solidar pentru datoriile

succesiunii).

Dispoziții contrare sunt cuprinse în C. civ. elvețian, care în titlul al 17-lea, capitolul IV, art. 636 dispune:

„III. Pactes sur successions non ouvertes

Art. 636 1. Sont nuls et de nul effet tous contrats passés au sujet d'une succession non ouverte, par un héritier avec ses cohéritiers ou un tiers, sans le concours et l'assentiment de celui dont l'hérédité a fait l'objet de la convention.

2. Les prestations faites en vertu d'une semblable convention sont sujettes à répétition”.

După cum putem observa legiuitorul elvețian permite încheierea unui contract de vânzare-cumpărare a unei moșteniri, chiar înaintea deschiderii succesiunii, acesta fiind însă nul în absența acordului celui despre a cărui moștenire este vorba. Art. 635 al aceluiași C. civ. dispune că cesiunea de drepturi succesoriale între comoștenitori se poate face numai în formă scrisă. Paragraful al 2-lea al aceluiași articol menționează că o astfel de convenție încheiată între un comoștenitor și un terț nu-i dă posibilitatea terțului de a interveni în procedura partajului, terțul va avea dreptul doar la partea ce i se va conferi cedentului. Alte legislații care permit pactele asupra unei moșteniri viitoare sunt de exemplu cea germană sau austriacă.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând voi face o posibilă exegeză a textului prin:

Littera - analiză gramaticală

În primul rând vom analiza termenul „moștenire”.

În literatura de specialitate¹ se menționează că această instituție nu a fost la originea ei o ramură a dreptului de proprietate, ci apariția sa derivă din cultul strămoșilor. Însă în acest caz nu se transmitea patrimoniul unei persoane, ci membrii familiei se succedau pentru a asigura continuitatea cultului.

Situația s-a schimbat ca urmare a dezvoltării proprietății familiale și mai apoi a celei individuale. Odată cu acumularea proprietăților mobiliare și a celor imobiliare, grefată pe scăderea importanței cultului strămoșilor, transmiterea automată a patrimoniului familial către descendenți se făcea la început potrivit cutumei, iar mai apoi potrivit legii.

În sec. al VI-lea, în Atena, pentru că unele familii dețineau exploatări întinse de terenuri agricole, conducători precum Solon au încercat să schimbe situația prin permiterea instituirii de legatari (cu condiția ca testatorul să nu aibă fii legitimi) și prin reducerea drepturilor primului născut de sex masculin în favoarea împărțirii egale a patrimoniului succesoral între toți frații.

În Roma exista o altă situație ca urmare a importanței religiei și a statutului

¹ C. Macovei, *Moștenirea legală*, Ed. Universității „Al. I. Cuza”, Iași, 2006, p. 11 și urm.

de putere a lui *pater familias*. Astfel potrivit Legii celor Douăsprezece Table acesta putea să dispună de tot patrimoniul său prin testamente. Mai târziu au apărut legi care au limitat acest drept al lui *pater familias* și anume legi precum *Furia testamentaria* sau *Legea Voconia*. În anul 40 î.H. odată cu apariția legii *Falcidia*, lege care a fost sursă de inspirație pentru majoritatea legislațiilor continentale moderne s-a limitat dreptul de a dispune prin testament la trei pătrimi din patrimoniu, instituind astfel rezerva succesorală cunoscută în practica timpului drept *Quarte Falcidia*. Regulă care mai târziu a fost modificată de Justinian care a permis testatorului să înlăture această dispoziție. Deci fundamentul dreptului de moștenire este, fie unul religios (cultul strămoșilor), fie se referă la grija celui despre a cărui moștenire este vorba față de familia sa (ideea patrimoniului familial).

În accepțiunea¹ cea mai largă succesiunea reprezintă transmiterea de la o persoană la alta, de drepturi și obligații, fie prin acte între vii, fie pentru cauză de moarte.

Sensul subiectiv al noțiunii de „succesiune” vizează însăși transmiterea drepturilor succesoriale către moștenitorii chemați să le culeagă.

Sensul obiectiv al „succesiunii”, are în vedere acea masă de bunuri succesoriale care fac obiectul transmisiunii către o pluralitate de moștenitori. *In concreto*, sensul obiectiv al „moștenirii” acoperă totalitatea bunurilor și datoriilor unei persoane decedate, bunuri și datorii ce fac obiectul transmisiunii.

Moștenirea poate fi legală² atunci când și în măsura în care patrimoniul succesoral se transmite rudelor lui *de cujus*, soțului supraviețuitor al acestuia și/sau statului, în baza dispozițiilor legale succesoriale.

Moștenirea este testamentară atunci când și în măsura în care patrimoniul succesoral se transmite potrivit dispozițiilor testamentare ale celui despre a cărui moștenire este vorba.

Moștenirea convențională este reprezentată de contractul de donație ce are ca obiect bunuri viitoare prin care o parte contractantă se angajează ca la moartea sa să lase celelalte părți contractante toată moștenirea, fracțiune din aceasta sau doar anumite bunuri succesoriale (validitatea acestei modalități a moștenirii este astăzi pusă sub semnul întrebării).

Moștenirea anomală este o succesiune legală extraordinară și există atunci când și în măsura în care devoluțiunea bunurilor succesoriale nu se face după regulile moștenirii ordinare, ci în funcție de natura sau de proveniența bunurilor succesoriale.

Prin expresia „cel ce vinde o moștenire” înțelegem moștenitorul care este persoana care a moștenit, moștenește sau este îndreptățită să moștenească o altă persoană, fie în temeiul legii, fie în temeiul unui testament.

Regulile vânzării-cumpărării de drepturi succesoriale se aplică doar atunci când obiectul moștenirii este o universalitate sau o cotă-parte din universalitate deci

¹ V. M. Ciucă, *Procedura partajului succesoral*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 33-34.

² C. Macovei, *Moștenirea legală*, op. cit., p. 38-44.

putem vorbi de această varietate a contractului de vânzare-cumpărare doar dacă suntem în prezența moștenirii legale sau a celei testamentare prin care se transmite o universalitate sau o cotă-parte din universalitate. Astfel, expresia „fără a specifica cu de-amănuntul obiectele într-ânsa cuprinse” înseamnă faptul că drepturile și obligațiile cuprinse în această universalitate sau cotă-parte din universalitate nu sunt determinate neputându-se preciza nici raportul dintre pasiv și activ, lucru care i-a determinat pe autorii Codului Calimah să includă acest contract în secțiunea celor aleatorii.

Expresia „nu răspunde decât de calitatea sa de moștenitor” a fost interpretată în literatura de specialitate semnificând faptul că vânzătorul garantează doar calitatea sa de moștenitor. De aici rezultă că, dacă vânzătorul ar fi menționat anumite lucruri afirmând că sunt cuprinse în moștenire, el va fi garantat de evicțiunea încercată de cumpărător față de aceste lucruri.

Sententia – contextualizare, ce presupune în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare, de drept roman, sociologie, antropologie, psihologie juridică și filosofia normei cuprinse în text, etc.; identificarea sensului teologico-filosofic a acelor social, respectiv, politic.

Proprietatea individuală este prezentă încă de la apariția omenirii. Cicero spunea că „proprietatea este înăscută în sufletul nostru”. În același sens s-a exprimat și M. Portalis care spunea: „principiul dreptului este în noi; el nu este deloc rezultatul unei convenții umane sau al unei legi pozitive; el este în însăși constituția ființei noastre și în deferitele noastre relații cu obiectele care ne înconjoară ... într-un cuvânt, proprietatea este cea care a fondat societățile umane”.

Cu cât omul se dezvoltă realizând importante progrese, cu atât se dezvoltă și dorința lui de a fi proprietar de a acumula un patrimoniu care să-i garanteze traiul de zi cu zi și independența economică. Voltaire a zis că ideea de proprietate îndoiește puterile omului. Însă, în același timp, proprietatea este principala miză a confruntărilor sociale. De-a lungul timpului ea a fost transformată într-un instrument politic de folosință curentă, asupra sa au fost transferate interese și aspirații ideologice. Din punctul de vedere al psihologiei, alături de alte elemente, aptitudinile sunt trăsături ale personalității. În măsura în care proprietatea exprimă în plan juridic și economic ceea ce este propriu omului, s-a putut afirma, într-un sistem de gândire idealist, că ea reprezintă un aspect al personalității sale. Prin proprietate, individul își construiește în realitatea obiectivă o sferă de supunere.

Situarea proprietății în perspectiva manifestării personalității ca rațiune explică atât principiul proprietății cât și limitele sale. Relația de la întreg la parte dintre libertate și proprietate conduce la consecința potrivit căreia principiul proprietății concretizează în plan economic principiul libertății, preluând însă și limitele aplicabil acestui ultim principiu.

SEXTUM OPPONAM ET QUESTIO

În al șaselea rând, vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat în text și vom încerca a lămuri contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada teză - *pro auctoritas*, antiteză - *contra auctoritas* și sinteză - *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*.

Teza - *pro auctoritas*: Dreptul de proprietate este un drept real, absolut, exclusiv, perpetuu, însă exercitarea acestui drept este uneori restrânsă de către legiutor, putem astfel vorbi de limite care privesc exercițiul atributului dispoziției juridice asupra bunurilor proprietatea unor persoane fizice sau juridice. Astfel de limitări există și în materia succesiunilor în acele ipoteze în care legiutorul a considerat că există interese generale superioare care impun o restrângere a atributelor dreptului de proprietate.

Prin art. 650 al C. civ. se prevede că patrimoniul succesoral se poate transmite atât în temeiul legii, cât și potrivit voinței celui ce lasă moștenirea, exprimată prin testament. Însă, principiul libertății testamentare, instituit prin art. 650, este limitat imperativ prin lege. Una din aceste limitări se referă la interzicerea pactelor asupra unei succesiuni viitoare.

C. civ. român nu tratează în mod separat și unitar problematica pactelor asupra unei succesiuni nedeschise și nici nu definește această noțiune. Interzicerea acestor pacte rezultă din două texte legale (art. 965 alin (2) și respectiv art. 720 din C. civ.) primul fiind cuprins în secțiunea a III-a „Despre obiectul convențiilor”, iar al doilea fiind inserat în secțiunea a II-a „Despre renunțarea la succesiune” din cap. al VI-lea „Despre acceptarea și repudierea moștenirilor”. Pe baza acestor dispoziții legale, putem defini pactul asupra unei moșteniri viitoare ca fiind orice act juridic, nepermis în mod expres de lege, prin care partea (ori după caz, una din părți) dobândește drepturi eventuale privitoare la o moștenire. Pentru a ne afla în prezența unui pact asupra unei moșteniri viitoare trebuie îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

- pactul să privească o moștenire nedeschisă în momentul încheierii lui;
- dreptul ce se dobândește sau la care se renunță să fie un drept succesoral eventual;
- pactul să nu fie permis în mod excepțional de lege.

Ca urmare a reglementării imperative a interzicerii pactelor asupra unei succesiuni viitoare, contractul de vânzare-cumpărare de drepturi succesoriale se poate realiza doar după data deschiderii succesiunii.

Întrucât vânzarea are ca obiect un patrimoniu sau o cotă-parte din patrimoniu succesoral, prin această operațiune se transmit nu doar drepturile, ci și obligațiile ce formează pasivul succesoral. Astfel conform art. 1400 C. civ. vânzătorul este obligat să predea cumpărătorului toate bunurile ce se găseau în masa succesorală la data deschiderii succesiunii, toate fructele percepute, creanțele

încasate sau prețul lucrurilor vândute din succesiune, dacă părțile nu au convenit altfel.

Conform art. 1401 C. civ. cumpărătorul este ținut să-l despăgubească pe vânzător pentru cheltuielile făcute pentru conservarea sau administrarea bunurilor succesoriale transmise sau a plătit datorii sau sarcini ale succesiunii.

Deoarece legea civilă română nu a reglementat cesiunea de datorie, creditorii succesiunii (alții decât vânzătorul) nu vor putea pretinde plata creanțelor lor de la cumpărătorul de drepturi succesoriale, ci se vor îndrepta, la nevoie, către vânzător, care a putut transmite doar drepturile succesoriale, nu și calitatea sa de moștenitor (*seme eres, semper heres*).

Antiteza - *contra auctorias*: Dreptul de proprietate a fost definit în literatura de specialitate ca fiind „acel drept subiectiv, care dă expresie apropierea unui bun, drept care permite titularului să posedă, să folosească și să dispună de acel lucru în putere proprie și în interes propriu, în cadrul și cu respectarea legislației existente”¹.

Caracterul absolut al dreptului de proprietate trebuie interpretat în sensul că titularul său are asupra lucrului latitudinea de a-i trage toate foloasele, de a profita de toată utilitatea pe care el o conferă și de a săvârși toate actele juridice care răspund nevoilor proprietarului sau impuse de propriul său interes.

Caracterul exclusiv al dreptului de proprietate presupune că titularul este îndrituit să-și exercite singur prerogativele conferite de acest drept, fără a avea nevoie de concursul altor persoane.

Caracterul perpetuu al dreptului de proprietate înseamnă că acest drept dăinuie atâta vreme cât există bunul asupra căruia poartă. Longevitatea valorilor patrimoniale, posibilitatea omului de a acumula, ridicându-și astfel nivelul de trai, vitalitatea schimbului și transmisiunea succesorală sunt toate consecințele imediate ori mai îndepărtate ale caracterului perpetuu al dreptului de proprietate².

La originea C. civ. francez (sursă de inspirație a C. civ. român) a fost teoria echilibrului libertăților. Odată cu doctrinele solidarității sociale, această concepție fondatoare a fost reconsiderată. Dintr-o perspectivă instrumentală, ea a părut abstractă și speculativă. Dreptul de proprietate, sacru și inviolabil, prin care persoana își exercită libertatea și se manifestă ca rațiune a fost retrogradat la calificativul de funcție socială. Simplu operator de politică legislativă, dreptul de proprietate poate fi limitat, remodelat și chiar suprimat, după cum cer obiectivele sociale ale legiuitorului. Limita dreptului de proprietate devine interes general.

Este evidentă influența concepțiilor solidarității sociale asupra dreptului pozitiv contemporan cu privire la limitele dreptului de proprietate. Totuși, aplicarea rațională a acestor concepții poate evita extremismul și arbitrariul, generând în schimb o abordare echilibrată, flexibilă și dotată cu un aparat conceptual coerent a

¹ C. Bârsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 29-30.

² R. Popescu, *Dreptul de moștenire: limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Ed. Universul Juridic, București, 2004, p. 10-12.

limitelor dreptului de proprietate.

Într-adevăr, premisa potrivit căreia proprietatea îndeplinește o funcție socială nu îndreptățește nici suprimarea proprietății, nici ingerința arbitrară în exercitarea dreptului de proprietate. Dimpotrivă, proprietatea nu-și poate îndeplini funcția socială decât dacă este garantată de stat, prin organele și mecanismele sale specifice. Numai dacă este sigur pe agoniseala sa individul este stimulat să producă în scopul de a dobândi. De aceea, dacă proprietatea este „motorul” progresului social, atunci corpul social este dator să recunoască și să protejeze, cel puțin în măsura necesară pentru ca funcția – socială – a proprietății să fie îndeplinită. Pentru orice stat civilizat și democratic proprietatea dobândită în mod licit trebuie să fie sacră și inviolabilă. Atâta vreme cât proprietatea reprezintă una dintre cele mai redutabile arme cu care omul înfruntă vicisitudinile vieții, statul trebuie să-și exercite funcțiile sale și în scopul formării, consolidării și protecției depline a proprietății individuale.

În literatura de specialitate¹ referitor la transmiterea datoriilor succesiunii s-a exprimat opinia potrivit căreia deși în C. civ. român cesiunea de datorie nu este reglementată, ea nu este nici interzisă. Deci, din această omisiune nu se poate trage concluzia că ea nu ar putea fi admisă. Astfel nimic nu se opune ca în cazul vânzării-cumpărării de drepturi succesoriale creditorul să poată urmări direct pe cumpărătorul de drepturi succesoriale. În măsura în care, pe de o parte, este admisă transmisiunea universalităților juridice – cu drepturi și datorii deopotrivă – pe cale succesorală și nimeni nu contestă în acest caz dreptul creditorilor de a urmări pe succesori pentru datoriile cuprinse în universalitatea (masa) succesorală, iar pe de altă parte transmisiunea prin vânzarea universalităților succesoriale este admisă în mod expres de art. 1399 C. civ., autorii acestei opinii nu văd de ce creditorii ar putea urmări direct pe noul titular al universalității succesoriale numai în cel dintâi caz și nu și în cel de al doilea.

Sinteza - *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*: Deși un drept absolut, exclusiv și perpetuu dreptul de proprietate este în unele cazuri limitat de lege. O limitarea a atributului de dispoziție a dreptului de proprietate există și în cadrul materiei succesoriale, una dintre ele fiind interzicerea pactelor asupra unei succesiuni viitoare.

Justificările acestor limitări ar putea fi următoarele: în primul rând, un considerent ce vizează politica legislativă. Astfel, s-a apreciat că prin permiterea unor astfel de pacte s-ar ajunge la înlăturarea regulilor devoluțiunii legale și la crearea de inegalități între moștenitori din aceeași clasă și de același grad de rudenie. Dar din câte se poate observa acest argument nu mai este astăzi valabil datorită instituției rezervei succesoriale.

În al doilea rând, reținem un considerent de ordin moral. Pactele asupra unei succesiuni nedeschise (cu excepția renunțării la moștenire sau la un drept

¹ D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 105-106.

determinant din acea moștenire) sunt socotite imorale, întrucât pot trezi dorința morții celui care va lăsa moștenirea (*votum mortis captandae*).

Portalis zicea în discursul său rostit înaintea corpului legislativ, asupra titlului vânzării: „L’homme est hors de prix, sa vie ne saurait être un objet de commerce; sa mort ne peut devenir la matière d’une spéculation mercantile. Ces espèces de pactes sur la vie ou sur la mort d’un homme sont odieux et ils peuvent n’être pas sans danger. La cupidité qui spéculé sur les jours d’un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abréger”.

În al treilea rând, un considerent de natură psihologică: necesitatea de a asigura protecția prezumtivului moștenitor împotriva riscului unui abuz de influență sau împotriva leziunii. De exemplu, potențialul moștenitor ar putea să cedeze drepturile succesoriale unui terț pentru un profit actual și imediat, incomparabil mai mic decât valoarea reală a drepturilor sale la data deschiderii succesiunii.

În al patrulea rând, un considerent ce vizează libertatea esențială a unei persoane – libertatea de a testa. Atunci când este vorba de pacte prin care se conferă drepturi din moștenirea unuia dintre cocontractanți, datorită caracterului irevocabil al acestor pacte, se aduce atingere libertății dispunătorului de a decide până în ultima clipă a vieții sale cu privire la soarta bunurilor ce fac parte din patrimoniul său.

Aceste considerente justifică interzicerea pactelor asupra unei moșteniri nedeschise, deci inclusiv a unui contract de vânzare-cumpărare care ar avea un asemenea obiect, indiferent care ar fi părțile contractului, inclusiv *de cujus*-ul sau alte persoane cu acordul *de cujus*-ului. Ca urmare, legiuitorul român reglementează vânzarea-cumpărarea de drepturi succesoriale în condiții care impun ca moștenirea să fie deschisă la data încheierii contractului. Deși în dreptul civil român nu este reglementată cesiunea de datorie, prin acest contract se transmite atât pasivul, cât și activul succesiunii.

Însă, ca urmare a faptului nereglementării cesiunii de datorie, creditorii succesiunii se vor pute îndrepta pentru satisfacerea creanțelor lor împotriva vânzătorului, care la rândul lui va avea o acțiune în regres împotriva cumpărătorului. Creditorii succesiunii au posibilitatea de a se subroga în drepturile vânzătorului debitor și, printr-o acțiune oblică, să-și satisfacă creanța.

Aceeași opinie este împărtășită și în literatura mai veche de Dimitrie Alexandresco în „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și principalele legislațiuni străine” arată că cesiunea făcută de moștenitor fiind, în privința creditorilor succesiunii și a legatarilor cu titlu particular *res inter alios acta*, nu poate să facă situația acestora mai rea. Prin însăși faptul cesiunii, cedentul a acceptat succesiunea și a devenit debitorul lor, el nu poate deci să le dea fără consimțământul lor, un alt debitor în locul lui. Rămânând moștenitor cu toate că a cedat drepturile sale cedentul este obligat la plata datoriilor defunctului, însă va avea recurs împotriva cesionarului.

SEPTIUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, voi cerceta justificările dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive, ceea ce implică raportarea textului la politica legislativă actuală.

De lege ferenda, credem că ar trebui reglementată în mod expres interzicerea pactelor asupra unei moșteniri viitoare, iar în ce privește cesiunea de datorie probabil că tăcerea legii ar trebui menținută și pentru viitor, reglementarea acesteia ar face în unele cazuri mai anevoioasă obținerea plății creanțelor de către creditorii succesiunii, e.g. dacă moștenitorul ar înstrăina drepturile sale prin intermediul unui contract de vânzare-cumpărare încheiat prin internet unei persoane dintr-o țară străină, persoană care nu poate fi identificată.

De altfel, Proiectul Codului civil elaborat în 2004 reglementează expres în cartea a patra art. 713 intitulat „Actele asupra succesiunilor nedeschise” interzicerea acestor acte: „Sunt lovite de nulitate absolută actele prin care se acceptă moștenirea sau se renunță la aceasta înainte de deschiderea ei, se înstrăinează eventuale drepturi ce s-ar putea dobândi la deschiderea succesiunii, precum și orice alte convenții asupra unei succesiuni nedeschise”.

Art. 1372-1375 al aceluiași proiect reglementează vânzarea moștenirii în aceleași condiții cu următoarele completări: „Dacă, însă, prin vânzare se arată că dreptul asupra moștenirii este incert, vânzătorul nu va fi ținut de nici o garanție, în lipsă de stipulație contrară”.

„Toate bunurile ce se dobândesc ulterior în virtutea dreptului de acrescământ se cuvin cumpărătorului, afară numai dacă s-a stabilit că nu se vinde decât ceea ce vânzătorul era îndreptățit să primească la data vânzării”.

„Înscrierile sau portretele de familie, decorațiunile sau alte asemenea bunuri, având pentru vânzător o valoare afectivă, se prezumă a nu fi cuprinse în moștenirea vândută”.

„Dacă aceste bunuri au o însemnată valoare patrimonială, vânzătorul care nu și le-a rezervat expres, datorează cumpărătorului prețul lor, la data vânzării”.

Bibliografie

1. Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil roman în comparațiune cu legile vechi și principalele legislațiuni stăine*, supliment la vol. VIII, partea a II-a, Tipografia Curții Regale, 1926
2. Corneliu Bârsan, *Drept civil, Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2000
3. Dan Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997
4. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000
5. Valerius M. Ciucă, *Procedura partajului succesoral*, Ed. Polirom, Iași, 1997
6. Codrin Macovei, *Moștenirea legală*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2006
7. Codrin Macovei, *Contracte civile*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2005
8. Romeo Popescu, *Dreptul de moștenire: limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Ed. Universul Juridic, București, 2004
9. Eugeniu Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997
10. <http://www.geocities.com/robertodemartino/Codici/CCIV.html>
11. http://www.dscllex.ro/coduri/pr_civil.htm
12. <http://lexinter.net/LOTWVers4/CCIVB/>
13. http://lexinter.net/Legislation/codes_civils_dans_le_monde.htm
14. http://lexinter.net/QC/droit_des_biens.htm
15. http://lexinter.net/Legislation/livre_ii.htm

*

* *

Ipsa quidem virtus sibimet pulcherrima merces¹

¹ „Virtutea își este ea însăși cea mai frumoasă răsplată” (Medieval), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 131.

O INTERPRETARE ORGANICĂ A NEXUM-ULUI

Dan Constantin Măț

„Il faut renoncer à caractériser les droits archaïques comme plus simples, ou comme plus rigides: ils sont souvent d’une déconcertante subtilité, et leurs tendances communautiers ne les empêchent nullement de prévoir le procès, donc la contradiction interindividuelle.”
(Jean Carbonnier)*

I. PRIMUM DIVIDAM

În această primă treaptă a metodologiei de cercetare, prezentăm textul care stă la baza controversei asupra existenței contractului *nexum*.

Contract de împrumut de bani și modalitate generală de încheiere a actelor convenționale, locațiune de servicii cu plata anticipată, instrument de aservire a plebei sau, pur și simplu, o enigmă a dreptului roman, *nexum*-ul este o instituție ce bornează evoluția formelor contractuale din Roma antică. Aprecierea *nexum*-ului drept *crux maxima* a studiilor romanistice¹ nu este exagerată, dacă o raportăm la amploarea controverselor, la radicalismul teoriilor expuse și la preocuparea constantă determinată de această instituție. Discuțiile în jurul ei, începute încă din secolul I î.Hr., au câștigat puternic în consistență, o dată cu a doua jumătate a secolului al XIX-lea, de atunci fiind pusă în scenă o bogată armătură de argumente juridice, istorice, filologice și sociologice. Dincolo de interesul justificat pentru romaniști², chiar dacă pentru unii poate părea desuet, de a lămuri chestiunea

* Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, p. 30.

¹ Pierre Noailles, *Nexum*, în „Revue historique de droit français et étranger”, 1940-1941, pp. 205-274 apud Tiberiu Moșoiu, Valentin Al. Georgescu, *Observațiuni asupra ultimelor cercetări despre nexum*, Extras din „Revista clasică”, Secția de drept roman, T. III-V, 1941-1943, p. 239.

² Literatura asupra acestei probleme este impresionantă. Pe lângă manualele și cursurile de drept roman care tratează, mai mult sau mai puțin sumar, această chestiune în expunerea asupra contractelor formale, începând cu jumătatea secolului al XIX-lea au apărut studii ce își propun o analiză monografică. Alături de studiile utilizate de noi pentru elaborarea acestui text, amintim: Huschke, *Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846; Giraud, *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, Paris, 1847; L. Mitteis, *Ueber das nexum*, în „Zeitschrift des Savigny-Stiftung”, 1901, pp. 96-125; Th. Mommsen, *Nexum*, în „Zeitschrift des Savigny-Stiftung”, 1902, pp. 348-355; O. Lenel, *Das Nexum*, în „Zeitschrift des Savigny-Stiftung”, 1902, pp.

existenței unui contract din vechiul drept roman, miza este una mult mai importantă. Ea gravitează în jurul ideii de a surprinde geneza formelor contractuale romane, de a înțelege concepția originală despre obligație și modul de realizare a acestei concepții.

Sursa acestei controverse se găsește în câteva fragmente din lucrările lui Varro (*De lingua latina* 7, 105), Festus (*Epitome*) și în paragrafele 173-174 din *Comentariul al III-lea al Instituțiilor* lui Gaius.

I.1. *Lectura*

*Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur*¹.

„Există și un alt fel de plată simbolică, anume, aceea făcută *per aes et libram*. Felul acesta de plată este încuviințat numai în anumite împrejurări, de pildă, atunci când ceea ce se datorează a fost contractat tot *per aes et libram*, sau când se datorează ceva de pe urma unei judecăți”².

I.2. *Summa (rezumatul textului)*

Veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit.

„De pildă, atunci când ceea ce se datorează a fost contractat tot *per aes et libram*”.

II. SECUNDUM PONAM CASUM

În această treaptă vom începe tratarea hermeneutică propriu-zisă, printr-o cazuistică reală sau eidetică; identificăm legătura imediată dintre abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

84-101; Bekker, *Nachtrag zur Lehre vom Nexum*, în „*Zeitschrift des Savigny-Stiftung*”, 1902, pp. 1-30; S. Schlossmann, *Nexum*, Leipzig, 1904; B. Kübler, *Kritische Bemerkungen zum Nexum*, în „*Zeitschrift des Savigny-Stiftung*”, 1904, pp. 254-283; Stinzing, *Nexum Mancipiumve*, 1907; H. Pflüger, *Nexum und Mancipium*, Leipzig, 1908; P. Kretschmar, *Das Nexum und sein Verhaeltnis zum Mancipium*, în „*Zeitschrift des Savigny-Stiftung*”, 1908, pp. 227-280; I. Popescu-Spineni, *Die Unzulässigkeit des Nexum als Kontrakt*, Iași, 1931; H. Lévy-Bruhl, *Nexum et mancipation*, în *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, 1934; I. Popescu-Spineni, *Haben die Römer per aes et libram contrahiert?*, Estr. „*Atti del Congresso internazionale di diritto romano*”, Pavia, 1935; H. Lévy-Bruhl, *L'acte per aes et libram*, în „*Rolul monedei în vechiul drept roman*”, București, 1958; C. St. Tomulescu, *O enigmă a dreptului roman*, în „*Curierul judiciar*”, nr. 16-17, 1941, pp. 241-257; Idem, *Nexum bei Cicero*, Neapole, 1966; Idem, *Obiectul legii Poetelia Papiria*, București, 1968.

¹ *apud Textes de droit romain*, publiés et annotés par Paul Frédéric Girard, Quatrième édition revue et augmentée, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1913, p. 314.

² Gaius, *Instituțiunile [dreptului privat roman]*, Traducere, studiu introductiv, note și adnotări de Aurel N. Popescu, București, Editura Academiei R.S.R., 1982, p. 247.

În al doilea deceniu al secolului al IV-lea î.Hr., la aproximativ trei secole și jumătate de *Ab Urbe Condita*, *Primus*, plebeu sărac din Roma republicană, se găsea tot mai apăsător de grijile vieții cotidiene. Mica parcelă de pământ nu mai putea îndestula o familie numeroasă, iar o serie de întâmplări îi marcaseră, în mod nefericit, destinul. În plus, invazia galilor și jefuirea cetății din anul 390 î.Hr. îi risipiseră și bruma de avere. Un împrumut bănesc era necesar, dar prietenii lui plebei, aflați într-o situație nu mult deosebită de a sa, nu îl puteau ajuta. Singurul care o putea face era *Secundus*, patrician, marele latifundiar, căruia întinsele suprafețe din *ager publicus* stăpânite în schimbul *vectigal*-ului îi asigurau un trai îmbelșugat.

Ce posibilități avea *Primus* pentru a se împrumuta de la *Secundus*? Ar fi putut el să apeleze la formalistul *nexum*, riscându-și astfel propria libertate, întrucât, în cazul imposibilității restituirii împrumutului, creditorul său nu trebuia să îl cheme în judecată, ci beneficia de caracterul executoriu al contractului și de procedura de execuție *manus iniectio*? Sau, poate, această formă de contractare nici nu a existat, astfel că singura posibilitate pentru *Primus* și *Secundus* era recurgerea la forma sponsală a contractului verbal: *Spondesne mihi centum dare? Spondeo!*

III. TERTIUM HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În această treaptă vom încerca cercetarea evoluției istorice a regulei de drept, urmând axa verticală a investigației comparatiste.

Datorită aurii de mister în care este învăluită, originea noțiunii de obligație rămâne una dintre cele mai captivante probleme din istoria dreptului privat. În ultimele două secole, ca urmare a amplificării cercetărilor sociologice, antropologice, etnografice, dar și a interpretărilor cu reflexe marxiste, s-au dezvoltat mai multe teorii cu privire la această chestiune, precum teoria sociologică a „schimbului de daruri”, teoria originii magico-religioase a obligației sau teoria transformării răzbunării private în compozițiune voluntară¹. În esență, fără a se impune o viziune maniheistă, dezbaterea cu privire la geneza obligației oscilează între primordialitatea delictului și cea a contractului ca factor generator al acestui complex raport juridic.

În privința dreptului roman, indiferent de teoria adoptată, rămâne unanimă

¹ Pentru o sumară prezentare a teoriilor asupra originii obligației a se vedea A. Esmein, *Un contrat dans l'Olympe homérique*, în „Mélanges d'archéologie et d'histoire”, Numéro 8, Année 1888, pp. 426-436; Pietro Bonfante, *Histoire du droit romain*, Traduite par Jean Carrère et François Fournier, 3^e Édition revue et augmentée par l'auteur, Tome Premier, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928, pp. 218-226; Matei Nicolau, *Originile obligațiunii în dreptul roman și noile fragmente ale Instituțiunilor lui Gaius*, în „Pandectele române”, Caietul 5, Partea a IV-a, 1934, pp. 58-60; Vladimir Hanga, *Drept privat roman, Tratat*, București, Editura didactică și pedagogică, 1977, pp. 345-347; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 652-654; Emil Molcuț, *Drept roman*, ediția a V-a, București, Edit Press Mihaela, 1999, pp. 155-158; Ștefan Cocos, *Drept roman*, București, Editura ALL BECK, 2000, pp. 161-165.

opinia că în istoria noțiunii de obligație s-a înregistrat o îndelungată evoluție de la concepția arhaică, redusă la o veritabilă legătură materială între debitor și creditor, „expresie a unor raporturi de putere grevate pe niște manifestări voliționale”, la concepția jurisconșulților desăvârșită în epoca justiniană care privește obligația ca o noțiune abstractă, o legătură esențialmente juridică (*vinculum juris*)¹. Un argument cu privire la nașterea obligației ca legătură materială, concretă, sub forma unui raport *sui-generis* de drept real asupra persoanei debitorului aflat sub putere, îl reprezintă însăși denominația *obligatio*, care însemna în latina veche „a lega” (*ligare*) pe cineva „din pricina” (*ob, obs*) neexecutării prestației la care se îndatorase².

În logica acestei perspective, *nexum* este, atât prin denumire, cât și prin conținut, expresia străvechii concepții asupra legăturii quasi-reale dintre debitor și creditor, în baza căreia debitorul insolubil putea fi vândut ca orice sclav, deci ca un bun sau ca un animal (*instrumentum sive animalium vocalium*)³. În vocabularul juridic al Romei arhaice, pentru desemnarea acestei legături nu se folosea cuvântul *obligatio*, ci expresiile *nexum*, *nexus*⁴. Cuvântul *nexum* derivă din verbul *nectere*, care în latina veche însemna „a lega”, „a încătușa”⁵. Sugestivă este și modalitatea de exprimare a desființării acestei legături. Expresia din formula plății *per aes et libram* redată de Gaius, *me... a te solvo liberoque*, a fost interpretată într-o formă cât se poate de materială: „de tine mă desfac și devin liber”⁶.

Dar poate cea mai expresivă formă de manifestare a relației dintre debitorul și creditorul legați prin *nexum* o reprezintă posibilitatea creditorului ca în cazul neexecutării obligației să treacă direct la executarea silită, fără a-l chema în prealabil la judecată pe datornic, acesta din urmă garantând obligația prin însuși corpul și libertatea sa (*cautio per se*)⁷. *Nexum* avea, astfel, un efect executoriu prin el însuși,

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. II, Iași, Polirom, 1999, pp. 449-453.

² Vladimir Hanga, *op. cit.*, p. 345; C. St. Tomulescu, *Drept privat roman*, Universitatea din București, 1973, p. 228; René Robaye, *Le droit romain*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant-Academia, s.a., p. 189. „Etimologic, a obliga sau a contracta se referă la sensuri apropiate. *Ob-ligare vulnus* sau *ob-ligare venas* înseamnă a lega o rană sau o vână. *Contrahere animam* sau *contrahere ventrem* înseamnă a strânge inima sau a strânge abdomenul” (Mihai Vasile Jakotă, *Drept roman*, II, Iași, Editura Fundației „Chemarea”, 1993, p. 475, nota 1).

³ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, pp. 496-498; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 249.

⁴ Gaston May, *Éléments de droit romain*, Onzième édition revue et augmentée, Paris, Librairie de la Société Recueil Sirey, 1913, p. 277, nota 1; S. G. Longinescu, *Elemente de drept roman*, Volumul II, București, Tipografia Soc. Anonime „Curierul Judiciar”, 1929, p. 5. Cuvinte ca *obligare*, *obligatus*, *contrahere*, *vinculum*, *nexus*, *solvere*, *luere*, *solutio* ș.a. aparțin vechii latine juridice (Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 475, nota 1).

⁵ I. C. Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman*, ediția a III-a, Cluj-București, Editura „Cartea Românească”, 1927, pp. 321-332, nota 2; Gaius, *op. cit.*, p. 247, nota 103; Ștefan Cocos, Mircea Toma, Gheorghe Pârvan, *Breviar terminologic de drept roman*, București, Editura ALL BECK, 2001, p. 106.

⁶ I. C. Cătuneanu, *op. cit.*, p. 322, nota 2.

⁷ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 497.

creditorul folosind procedura de execuție *manus injectio*¹.

Prin aceste elemente, *nexum* se prezintă ca unul dintre primele contracte romane. În literatura romanistă el este așezat în categoria contractelor formale, alături de contractele *verbis* și cele *litteris*. Este dificil de spus când apare acest contract în istoria dreptului roman. La fel ca și în cazul mancipațiunii, cu ale cărei formalități privitoare la numărul și calitatea persoanelor prezente, la materialul folosit și la acțiunea concretă de formare a contractului, *nexum* se aseamănă izbitor de mult, nu se poate stabili o perioadă sigură. El este, probabil, cel mai vechi contract din dreptul privat roman și geneza sa se găsește la o epocă anterioară fondării Romei².

Nici momentul dispariției acestui contract nu poate fi stabilit cu precizie. Ca orice instituție juridică, și contractele sunt fenomene sociale. Cu rare excepții, ele nu apar și dispar prin mecanisme abrupte, prin efectul unei voințe superioare, ci sunt expresia necesităților comunității care le dezvoltă. Din acest motiv, dispariția reală a unei instituții juridice este precedată, de cele mai multe ori, de căderea sa în desuetudine³. Și acest lucru este cu atât mai valabil în lumea romană, unde instituția abrogării a fost respinsă ca o mărturie a respectului bărbaților romani față de *veteres*.

Dacă *nexum* este cel mai vechi contract formal, tot el este și primul care cade în desuetudine⁴. Acest moment a fost generat de o lege propusă cel mai probabil de consulii P. Poetelius și Papirius Mugillanus⁵ (*lex Poetelia-Papiria*) în anul 326 î.Hr.⁶ Titus Livius ne relatează despre momentul adoptării acestei legi ca despre unul violent provocat de reacția plebeilor față de procedura executării personale a datornicilor⁷. Desființarea caracterului executoriu, prin obligarea creditorului de a recurge la judecată pentru executarea silită a debitorului său, a lipsit de atractivitate *nexum*-ul. Nu se știe exact cât timp romanii au mai apelat la acest contract, însă

¹ Vladimir Hanga, *op. cit.*, p. 362.

² Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Huitième édition revue et mise à jour par Félix Senn, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, pp. 508-509; Édouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Seconde édition, revue et complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928, p. 411; S. G. Longinescu, *op. cit.*, p. 202.

³ H. Lévy-Bruhl, *Introduction à l'étude du droit coutumier africain*, în „Revue internationale de droit comparé”, Numéro 1, Année 1956, p. 73.

⁴ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 509.

⁵ Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 391.

⁶ Asupra datei adoptării acestei legi s-au exprimat și alte opinii, în funcție de persoanele cărora le este atribuită (consulii Poetelius și Papirius, dictatorul Poetelius). A se vedea, în acest sens, Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, pp. 514-515; Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 413, nota 5; Felix Senn, *Le Nexum, contrat de prêt du très ancien droit romain*, în „Nouvelle Revue historique de droit français et étranger”, Vingt-Neuvième Année, 1905, p. 93, nota 4.

⁷ Titus Livius, VIII, 28: *Eo anno plebei Romanae, veluit aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt...iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona creditoris, non corpus obnoxium esset: ita nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur*, Cf. I. C. Cătuneanu, *op. cit.*, pp. 322-323, nota 1.

fenomenul căderii în desuetudine a avut loc în decursul unei lungi perioade¹. Cert este că, în timpul lui Cicero, gramaticul Varro relatea disputa dintre jurisconșulții Manilius (consul în 148 î.Hr.) și Q. Mucius (consul în 94 î.Hr.) referitoare la sfera de cuprindere a noțiunii². Însă ideea că și în timpul lui Gaius, la jumătatea secolului al II-lea d.Hr., *nexum*-ul ar fi fost o realitate juridică având ca obiect lucruri care se cântăresc și se numără, poate și lucruri care se măsoară, trebuie privită cu rezerve³.

Pentru rezolvarea intereselor lor, părțile vor apela la alte forme contractuale, însă nu trebuie căutată o posibilă filiație între *nexum* și alte contracte. Ideea conform căreia contractul verbal ar fi fost o „degradare a *nexum*-ului” nu rezistă, întrucât structura lor este diferită⁴. Nici între *nexum* și *mutuum* nu poate fi stabilită o legătură directă. Chiar dacă ambele contracte au constatat într-un împrumut de consumație, ele se diferențiază clar prin natura lor juridică. Dacă primul a fost un contract riguros, cu formalități stricte, al doilea era un contract real, nesolemn, gratuit, având originea într-o convenție sancționată printr-o *condictio*, în virtutea unei îmbogățiri fără justă cauză, sau poate chiar într-o simplă convențiune nesancționată de lege și bazată numai pe încredere⁵. În mod evident însă, pe fondul efectelor legii *Poetelia Papiria*, *mutuum*, care a coexistat un timp cu *nexum*, a fost preferat de către romani datorită, în special, avantajelor ce decurg din lipsa formalităților excesive întâlnite în cazul actelor *per aes et libram*⁶.

IV. QUARTUM COMPARABO

În această treaptă ne propunem, pe axa orizontală a cercetării comparative, o analiză prospectiv-exploratorie asupra instituțiilor similare din alte civilizații antice.

Posibilitatea creditorului de a executa persoana debitorului insolubil, în virtutea contractului încheiat, fără a fi necesară judecata nu este proprie vechiului

¹ Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 391.

² Felix Senn, *op. cit.*, pp. 60-66; C. Stoicescu, *Curs elementar de drept roman*, edițiunea a III-a revăzută și adăugită, București, Institutul de Arte Grafice „Bucovina”, I. E. Toroușiu, 1931, p. 295.

³ S. G. Longinescu, *op. cit.*, p. 202. În *Instituțiuni*, Gaius face aceste precizări, dar el nu se referă la *nexum*, ci la legatul *per damnationem* din testamentul nuncupativ: „Tot în același mod eliberează legatarul pe moștenitor de legatul ce i-a fost lăsat *per damnationem*, numai că, după cum cel judecat arată că a fost condamnat, la fel va spune și moștenitorul că este obligat să dea prin testament. Și totuși moștenitorul poate fi liberat prin procedeul acesta numai de ceea ce este socotit după greutate sau număr și numai dacă debitul este cert; unii gândesc același lucru și despre ceea ce se măsoară” (Gaius, *op. cit.*, p. 248).

⁴ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 516.

⁵ C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 310; Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 430. A fost subliniată, totuși, o anumită asemănare între *nexum* și împrumutul unei sume de bani atunci când, în primul caz, cântărirea monedei era reală (Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 539).

⁶ Gaston May, *op. cit.*, pp. 306-309.

drept roman. O întâlnim și în alte legislații arhaice.

Începând cu secolul al IV-lea î.Hr., în vechiul drept grec este atestată clauza contractuală *χαθάρει ἐξ ὀχλῆς*, în baza căreia creditorul proceda la executarea persoanei debitorului și a bunurilor sale fără a recurge, în prealabil, la judecată. Existența ei este ulterior semnalată în Egiptul ptolemaic și roman și în întreaga parte greacă a Imperiului roman¹. Efectul acestei clauze a fost atenuat destul de târziu, probabil în vremea Principatului, prin recunoașterea posibilității opoziției judiciare din partea debitorului².

În Babylon, legile lui Hammurabi stabilesc posibilitatea creditorului neplătit de a executa silit persoana debitorului, a femeii, copiilor și sclavilor acestuia. În scopul îndeplinirii creanței, el putea vinde pe debitor împreună cu toate bunurile sale și îi putea reține, pe o perioadă de cel mult trei ani, femeia și copiii³. Legile hittite recunoșteau posibilitatea aservirii pentru datorii și dreptul celui robit de a se elibera, după un an de zile, prin furnizarea unui înlocuitor⁴.

O situație asemănătoare găsim și în lumea vechilor evrei. În *Pilda celor zece mii de talanți*, întrucât debitorul nu a putut plăti această uriașă sumă „stăpânul său a poruncit să fie vândut el și femeia și copiii și pe toate câte are, ca să plătească”. Ulterior, sluga iertată de stăpânul milostiv s-a arătat lipsită de frica lui Dumnezeu și și-a aruncat în închisoare, „până ce va plăti datoria”, propriul debitor, obligat, însă, pentru o sumă mult mai mică⁵.

Forme contractuale în baza cărora debitorul care nu și-a executat datoria este pus sub puterea creditorului întâlnim și în alte civilizații antice sau de început al Evului Mediu, precum cele din spațiul scandinav⁶, germanic⁷, hindus⁸ sau thailandez⁹. Mai repede sau mai lent, aceste forme exigente au căzut în desuetudine

¹ L. Mitteis, U. Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, pp. 119-129 *apud* Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 512, nota 1; C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 295, nota 3. Problema este, însă, controversată existând și opinia că în dreptul grec nu a existat posibilitatea executării persoanei debitorului fără judecată, iar clauza contractuală *χαθάρει ἐξ ὀχλῆς* a avut în vedere doar executarea asupra bunurilor (a se vedea Ludovic Beauchet, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, vol. IV, *Le droit des obligations*, Paris, Éditeurs Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1897, pp. 439-450).

² Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 514, nota 2.

³ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 364, nota 1; Idem, *Études sur le droit babylonien, Les lois assyriennes et les Lois hittites*, Paris, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 1929, p. 318.

⁴ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 484.

⁵ Eugeniu Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Prefață de Episcop Calinic Botoșăneanul, Iași, Polirom, 1997, p. 137.

⁶ K. Maurer, *Schuldnechtschaft nach altnordischem Rechte*, *Sitzungsberichte de Munich*, 1874, p. 5 *apud* Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 512, nota 1.

⁷ Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 2^e éd., 1873-1892, p. 13 *apud* Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 512, nota 1.

⁸ J. Jolly, *Ueber das indische Schuldrecht*, *Sitzungsberichte de Munich*, 1877, p. 317 *apud* Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 512, nota 1.

⁹ Robert Lingat a realizat în lucrarea *L'esclavage privé dans l'ancien droit siamois. Avec une traduction des anciennes lois siamoises sur l'esclavage* (Paris, Editions Domat-Montcherstien, 1931) o interesantă

sau au fost interzise, în istoria universală a dreptului fiind frecvente dispozițiile legislative ce declară nule clauzele contractuale prin care debitorul renunța la protecția legală și accepta o rigoare excesivă în executarea silită a obligațiilor sale¹.

V. QUINTUM COLLIGAM

Urmează să facem o posibilă exegeză a textului prin:

- analiză gramaticală - *littera*;
- contextualizare - *sententia*, ce presupune, în cadrul analizei excursiv-expectatorii, cercetări pluridisciplinare, de sociologie, antropologie, psihologie juridică și filosofia normei cuprinse în text etc.;
- identificarea sensurilor teologico-filosofic, social și politic;
- identificarea sensului obscur - *sensus* -, adică a celui de-al patrulea sens, unul metafizic sau inițiatic.

V.1. *Littera*

Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.

Textul reprezintă paragraful² cu numărul 173 din *Comentariul al III-lea al Instituțiunilor* lui Gaius. Traducerea făcută de Barhold Georg Niebuhr, cel care a descoperit în anul 1816 în biblioteca unei biserici din Verona palimpsestul supranumit *Codex Veronensis*, primul manuscris ce reproduce aproape integral textul *Instituțiunilor* lui Gaius, nu a fost contestată de ceilalți romaniști. Controversele apar nu cu privire la traducere, ci în legătură cu interpretarea acestui pasaj, atunci când conținutul său este coroborat cu paragrafele 174 și 175 din același *Comentariu*³. În plus, *Codex Florentinus* sau *Noul Gaius*, manuscris mai vechi decât *Codex Veronensis*, dar descoperit ulterior și publicat de către romanistul italian Vincenzo Arangio-Ruiz

comparație între instituțiile juridice ale acestei civilizații și *nexum*-ul roman. A se vedea, în acest sens, Robert Lingat (1892-1972), în „Revue internationale de droit compareé”, Numéro 3, Année 1972, pp. 702-703.

¹ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 514, nota 2. Interesantă, dar fragilă, este încercarea lui Tiberiu Moșoiu de a face o analogie între *nexum* și regimul învoielilor agricole practicate în România în a doua jumătate a secolului al XIX-lea (a se vedea Tiberiu Moșoiu, *Liber qui suas operas... O hipotesă*, în „Analele Facultății de Drept din Cluj”, Tomul I, 1939, pp. 28-51).

² Diviziunea în paragrafe nu aparține lui Gaius, ea fiind introdusă de către Johan Friedrich Ludwig Goeschen în ediția princeps (*Gai Institutionum Comentarii IV e codice rescripto bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis regiae scientiarum Academiae Borussciae nunc primum editi*, 1820). Ulterior, datorită caracterului său practic, a fost menținută, cu o singură excepție, în toate edițiile. Pentru detalii, a se vedea Aurel N. Popescu, *Studiu introductiv*, în Gaius, *op. cit.*, pp. 49-50.

³ I. Popescu-Spineni, *Contractele formaliste la Romani*, Pitești, Tipografia „Artistică” P. Mitu, 1928, pp. 31-34.

în 1933¹, aduce printre fragmentele noi și o importantă completare la formula plății librale de la paragraful 174².

V.2. *Sententia* (contextualizarea pluridisciplinară)

a. Sistemul contractelor formale din Roma arhaică

Principiul formalismului a influențat în mod decisiv toate instituțiile vechiului drept roman. Pentru ca voința părților să fie valabilă, ea trebuia să îmbrace anumite forme stricte, să respecte anumite solemnități, cerințe ce apar, fără îndoială, exagerate din perspectiva principiului consensualismului și a bunei credințe. Însă pentru vechii romani o convenție era valabilă dacă era încheiată „în solemnitatea aramei și balanței, a cuvintelor sacramentale sau a scrierii”³.

Fără a face abstracție de evidentele neajunsuri ale formalismului (neglijarea echității, caracterul inflexibil, lipsa posibilității de reprezentare, executarea strictă a obligației)⁴, acest principiu nu trebuie înscris întru totul unei „mentalități primitive”, iraționale, mai apropiată de sfera magico-religioasă decât de gândirea omului pragmatic⁵. În fond, printre avantajele găsite formalismului, certitudinea dată părților asupra conținutului obligației și asigurarea publicității voinței exprimate⁶ sunt elemente care nu au fost neglijate nici de către legislațiile moderne.

Literatura romanistă împarte, după criteriul formalităților necesare, contractele solemne din vechiul drept roman în trei categorii: contractul încheiat cu ajutorul aramei și balanței (*nexum*), contractele încheiate prin formule verbale (*verbis*) și contractele încheiate prin înscrisuri formale în registrul șefului de familie (*litteris*).

Cel mai vechi dintre aceste contracte, *nexum*, a fost, inițial, un contract de împrumut de bani⁷. Ca și în cazul mancipațiunii (*mancipatio*), modalitatea de

¹ *Frammenti di Gaio*, a cura di Vincenzo Arangio-Ruiz, Firenze, Stabilimento tipografico E. Ariani, 1933 *apud* I. Popescu Spineni, *Noi documente pentru istoria dreptului roman*, Extras din „Revista clasică”, București, Cartea Românească, pp. 3-4. Referitor la semnificația pergamentului achiziționat, în februarie 1933, de la un anticar din Cairo, pentru cunoașterea unor instituții ale dreptului roman arhaic a se vedea și recenzia publicată de către Alexandru Minculescu asupra lucrării lui Raymond Monier (*Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933) în „Pandectele române”, Caietul 7, Partea a IV-a, 1934, pp. 105-107.

² I. Popescu-Spineni, *op. cit.*, pp. 8-10; Aurel N. Popescu, *op. cit.*, pp. 52-53.

³ C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 293.

⁴ *Ibidem*, pp. 293-294; René Foignet, *Manuel élémentaire de droit romain*, Huitième édition, revue, corrigée et augmentée, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 191.

⁵ Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *op. cit.*, pp. 656-657.

⁶ René Robaye, *op. cit.*, p. 212.

⁷ Bazându-se pe textele autorilor antici Varro și Festus, unii romaniști susțin ideea că termenul *nexum* avea și o accepțiune generică, cuprinzând toate actele încheiate cu ajutorul aramei și balanței (*per aes et libram*), indiferent că aceste acte sunt translativ de proprietate (*mancipatio*), creatoare de obligații (împrumutul liberal) sau acte care sting o datorie (*nexi solutio*). A se vedea, în acest sens, Édouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains...*, pp. 411-412; Gaston May,

încheiere *per aes et libram* a avut la început o semnificație materială. Arama cântărită solemn de către împrumutător în fața purtătorului de balanță (*libripens*) și a celor cinci martori (bărbați puberi reprezentând triburile cetății Roma) a reprezentat însăși obiectul material al contractului de împrumut. Ulterior, o dată cu apariția monedei, procedeul de încheiere a contractelor *per aes et libram* a devenit unul simbolic, și *nexum* s-a abstractizat, s-a transformat într-un mod general de contractare pentru mai multe acte convenționale cu obiect numărabil sau măsurabil¹. Mărturia acestei evoluții o dă un fragment atribuit legii tabulare²: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto* („când vei face un contract *nexum* și o mancipație, cum va grăi limba așa să fie dreptul”).

Ceea ce a individualizat *nexum*-ul în raport cu alte tipuri de contracte a fost efectul executoriu intrinsec³. În momentul încheierii contractului, între împrumutător și împrumutat se stabilește o relație specială exprimată prin *damnatio*, noțiune de origine greacă, cu o puternică încărcătură magico-religioasă⁴. Deși nu cunoaștem în mod direct conținutul acestei *damnatio* pronunțate de creditor contra debitorului în cadrul ceremonialului *per aes et libram*⁵, se crede că ea dădea asupra lui *damnatus* aceleași drepturi care rezultă dintr-o *damnatio* pronunțată de testator în legatul *per damnationem*, de judecător în baza unei sentințe de condamnare sau de legiuitor contra celui ce încalcă *lex Aquilia*⁶. Obiectul contractului nu îl reprezintă însă persoana debitorului, ci suma de bani (*pecunia credita*) pe care acesta a împrumutat-o⁷.

În cazul neexecutării obligației, creditorul trecea direct la executarea personală, fără a fi necesară o condamnare judecătorească. Încuviințarea formală a pretorului (*addictio*) îl transforma pe debitorul insolubil într-un *nexus*, având o situație asemănătoare cu a lui *judicatus*, cel condamnat prin sentință judecătorească, care are un termen pentru a se executa⁸. După 30 de zile de la exigibilitatea datoriei,

op. cit., p. 307, nota 3. Observația este valabilă însă doar pentru perioada finală a Republicii romane, atunci când *nexum* desemna toate operațiunile *per aes et libram*, sfârșind prin a deveni o denumire tot mai imprecisă (Felix Senn, *op. cit.*, pp. 94-95).

¹ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 412; Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Iași, Polirom, 2000, p. 801.

² Pentru controversele privind interpretarea acestui pasaj din Festus, care la rândul său îl citează pe Cincius, jurist din secolul I î. Hr., a se vedea Felix Senn, *op. cit.*, pp. 58-60, 90-91.

³ Vladimir Hanga, *op. cit.*, p. 362; Vasile Val Popa, *Drept privat roman*, Prefață de Jean Gaudemet, București, Editura All Beck, 2004, p. 242.

⁴ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 801.

⁵ Se presupune că împrumutătorul rostea cuvintele *isque mihi nexus esto hoc aere aeneaque libra* („și el [debitorul] devine *nexus* față de mine cu această balanță și cu această aramă). A se vedea P. Noailles, *Nexum*, în „Revue historique de droit français et étranger”, 1940-1941, Extras, p. 36 *apud* Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 483, nota 12.

⁶ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 511.

⁷ Felix Senn, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁸ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 85; Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 390.

creditorul putea începe procedura *manus iniectio*¹. În fața pretorului, el așeza mâna pe debitorul insolubil și, în cazul în care un garant (*vindex*) nu intervenea în favoarea acestuia, atunci creditorul îl reținea sub pază, *in compedibus aut in nervo* („în fiare sau în lanț”), timp de 60 de zile. Dacă în acest interval debitorul nu își plătea datoria, creditorul putea trece la cele mai radicale măsuri, vânzându-l pe debitor ca sclav *trans Tiberim* sau chiar ucigându-l². Este dificil de spus dacă executarea era strict personală sau ea se extindea și asupra femeii căsătorită *in manus* și asupra copiilor debitorului, care intrau astfel sub puterea creditorului³.

În cazul fericit al executării obligației de către debitor, *vinculum* se desființa, conform regulilor formalismului, prin aceeași modalitate solemnă în care a fost încheiată. Folosind procedura *per aes et libram*, debitorul restituia suma de bani și pronunța cuvintele care îl „dezlegau” de creditorul său (*nexi liberatio*)⁴. Gaius ne prezintă în paragraful 174 din *Comentariul al III-lea al Instituțiunilor* sale formula plății librale: *Eaque res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS [SESTERTIORUM JUDICIO]*⁵ *CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM. Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa* (Această operație se petrece astfel: sunt aduși nu mai puțin de cinci martori și un *libripens*. Apoi cel care se liberează trebuie să spună așa: „Întrucât eu sunt obligat prin judecată față de tine la atâtea mii de sesterți mă plătesc și mă liberez în forma aceasta, cu acest ban și cu această balanță de aramă. Pe această primă și ultimă libră eu ți-o plătesc conform legii publice”. Lovește după aceea balanța cu un as, pe care îl dă în chip de plată aceluia de care se eliberează)⁶.

Lex Poetelia-Papiria înlăturând efectul executoriu al *nexum*-ului, a lipsit acest contract de atractivitate. În consecință, creditorii din Roma veche, obligați acum să meargă pe calea judecătii, au preferat să nu mai întrebuițeze procedura complicată a *nexum*-ului și s-au orientat spre alte tipuri de contracte⁷. Din această perspectivă,

¹ În sensul posibilității creditorului de a executa persoana debitorului fără a folosi procedura *manus injectio* a se vedea R. Monier, *Petit vocabulaire de droit romain*, 2^e Édition, Paris, Les Editions Domat-Montchrestien, 1934, p. 182.

² I. C. Cătuneanu, *op. cit.*, p. 322.

³ Gaston May, *op. cit.*, p. 308, nota 5. Pentru justificarea acestei idei, cu ajutorul unui fragment din Titus Livius, a se vedea Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 412.

⁴ *Nexi liberatio* este socotită a fi prima aplicație a plății librale, *solutio per aes et libram* (a se vedea Felix Senn, *op. cit.*, p. 77).

⁵ Expresia *sestertiorum judicio* nu apare în *Codex Veronensis*, ci în *Codex Florentinus*. Pentru detalii și semnificație, a se vedea I. Popescu-Spineni, *op. cit.*, pp. 8-10. S-a încercat explicarea acestei omisiuni prin faptul că „editorul din secolul V e. n. a trunchiat manuscrisul original, întrucât ce spusese Gaius nu mai corespundea epocii sale” (Gaius, *op. cit.*, p. 248, nota 103).

⁶ *Textes de droit romain*..., p. 314; I. Popescu-Spineni, *Contractele formaliste la Romani*..., pp. 31-32; Gaius, *op. cit.*, p. 248.

⁷ S. G. Longinescu, *op. cit.*, pp. 202-203; Felix Senn, *op. cit.*, pp. 93-94; Vasile Val Popa, *op. cit.*, p. 242.

căderea în desuetudine a *nexum*-ului nu este lipsită de semnificație în istoria dreptului privat, deoarece în contextul acestui fenomen sunt descoperite sau consolidate alte forme contractuale.

Alături de promisiunea unilaterală de dotă (*dictio dotis*) și de jurământul libertului (*jusjurandum liberti*), *sponsio* și *stipulatio* fac parte din categoria contractelor verbale (*verbis*). Având un conținut relativ identic, ele se deosebesc prin cuvintele folosite și prin exclusivitatea folosirii *sponsio* de către cetățenii romani (*propria civium Romanorum*)¹. Ca la orice contract din această categorie, cauza eficientă, elementul generator al acțiunii contractuale, consta în rostirea unor cuvinte solemne cu rol ritualic². Întrebarea creditorului adresată debitorului dacă se obligă să execute o anumită prestație trebuia urmată de răspunsul strict și imediat al acestuia. În ciuda condițiilor stricte (care vor fi relaxate extrem de târziu, spre sfârșitul perioadei clasice) cu privire la termenii sacramentali folosiți, la congruența întrebării și răspunsului și la unitatea de timp și de loc a operațiunii de încheiere³, stipulația a devenit un veritabil tipar contractual⁴, creuzetul unor operații juridice complexe⁵, forma cea mai uzitată pentru a da forță juridică diferitelor convenții încheiate în scopul nașterii unei obligații⁶.

În legătură cu treptata abandonare a *nexum*-ului⁷ a fost pusă și dezvoltarea unei alte categorii de contracte formale: contractele încheiate prin înscrierea unor observații în registrul de venituri și cheltuieli (*codex accepti et expensi*) al șefului de familie (*pater familias*). Astfel, pentru a înlocui atât de avantajosul *nexum*, creditorii au transformat simpla înregistrare a operațiunilor de intrare sau ieșire a unor bunuri sau valori identificate din patrimoniul familial (*nomina arcaria*) într-o operațiune asemănătoare, dar fictivă constând în înregistrarea unor convenții în *codex accepti et expensi*, chiar dacă, în mod real, nu s-a primit și nu s-a plătit nimic⁸. *Nomina transcripticia* creau obligații în favoarea titularului registrului⁹ și în funcție de natura acestor înregistrări fictive puteau îmbrăca două forme: *transcripticia a re in personam* (ce consta în transformarea unei convenții anterioare într-o obligație nouă) și *transcripticia a persona in personam* (în fond, o novațiune prin schimbare de debitor)¹⁰.

¹ Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 391; Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 256.

² Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 802.

³ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, pp. 518-520; C. Șt. Tomulescu, *op. cit.*, pp. 271-273.

⁴ Vladimir Hanga, *op. cit.*, p. 363. „Având în vedere obiectul juridic al stipulației, unii romaniști au descris-o metaforic ca pe o scoică în a cărei cochilie se poate ascunde orice fel de convenție pentru ca, astfel, să primească o sancțiune, o protecție juridică” (Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 805).

⁵ A se vedea în acest sens René Robaye, *op. cit.*, pp. 235-239.

⁶ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 414.

⁷ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, pp. 528-529.

⁸ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 808.

⁹ Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 394.

¹⁰ Gaston May, *op. cit.*, pp. 333-334; Vladimir Hanga, *op. cit.*, pp. 367-368.

b. Perspectiva sociologiei și antropologiei juridice

Instituțiile juridice ale colectivității romane primitive s-au construit dintr-un amestec al vechilor tradiții gentile, cu manifestările efective ale trăirii religioase și cu solicitările vieții cotidiene. Evident că mecanismul nu este singular și îl întâlnim și în alte societăți arhaice¹. Spre deosebire de drepturile moderne, definite prin raționalitate, drepturile primitive izvorăsc dintr-o mentalitate „prelogică, mistică, magică”². Comunitățile cutumiare își asumă un sistem juridic formalist, cu o încărcătură magico-religioasă evidentă, în care modalitatea de încheiere a actelor juridice este asigurată printr-o simbolistică concretă. Cuvintele și gesturile arătau însăși natura actului³ și edificau acea „«supradeterminare ritualistică» a raporturilor sociale și a relațiilor dintre oameni și natură, cu scopul stabilității și asigurării, atât individuale, cât și colective”⁴. Se forma o legătură juridică ce „își trăgea tăria din jocul forțelor magice sau religioase”⁵ și în care oamenii erau legați la fel ca lucrurile. În fapt, în această perioadă nu existau „obligații”, ci doar „obligați”⁶. Neexecutarea datoriei de către cel obligat la aceasta implica pierderea tuturor calităților și atributelor ce îl individualiza în comunitate⁷.

Nexum-ul s-a născut din mecanismul acestei mentalități juridice primitive. Modalitatea sa formalistă de încheiere, cu ajutorul „aramei și balanței” (*per aes et libram*), este proprie comunității latine arhaice unde asumarea obligațiilor solicita o atitudine publică, însoțită de o simbolistică proprie. În cadrul acestei comunități, *nexum*-ul asigura o funcție socială bine definită. Apariția și dezvoltarea sa sunt puse în directă legătură cu mutațiile din structura societății romane din primele secole ale cetății. Numeroase familii de plebei nu își puteau îndestula traiul din recolta obținută de pe redusele parcele de pământ. Cercetările lui Mommsen au demonstrat că o suprafață de cel mult o jumătate de hectar cu un sol de o fertilitate medie producea o cantitate puțin inferioară celei destinate subzistenței anuale a unui sclav⁸. Se adăugau cheltuielile determinate de participarea la campaniile militare, de plata impozitelor și de nevoile vieții cotidiene.

Nexum-ul a asigurat astfel posibilitatea împrumutării unor sume de bani, care, cel puțin până în secolul al IV-lea, trebuiau cântărite pentru a li se determina

¹ Gaston May, *op. cit.*, p. 20.

² Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, p. 31.

³ Petre Andrei, *Obiceiul ca sursă de drept*, Recenzie critică asupra lucrării: J. Declaireuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, 1924, în *Sociologia revoluției. Studii de sociologie politică*, Polirom, Fundația Academică „Petre Andrei”, Iași, 1998, pp. 227-228; Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 478.

⁴ Aldo Schiavone, *Juristul*, în Andrea Giardina (coord.), *Omul roman*, Traducere de Dragoș Cojocaru, Iași, Polirom, 2001, p. 86.

⁵ Tiberiu Moșoiu, Valentin Al. Georgescu, *op. cit.*, pp. 226-227, nota 2.

⁶ Édouard Cuq, *op. cit.*, p. 363.

⁷ Pierre Boudon, *Essai sur l'interprétation de la notion d'échange*, în „L'Homme”, Numéro 2, Année 1967, p. 71.

⁸ *apud* Tiberiu Moșoiu, *op. cit.*, p. 33.

valoarea reală¹. Ulterior, o dată cu răspândirea numerarului purtând amprenta statului (*aes signatum*), procedeul cântăririi a fost păstrat ca o mărturie a atașamentului roman față de vechile uzanțe și din interesul creditorului de a le respecta². Modalitățile de executare silită a debitorului au fost inițial la dispoziția exclusivă a creditorului, și de abia începând cu legea decemvirală acesta trebuie să meargă mai întâi în fața magistratului pentru a declanșa procedura *manus injectio*³. Acordul pretorului era însă mai mult formal, și situația debitorilor *nexi* a rămas în continuare extrem de grea. Titus Livius și Dionysos din Halicarnas menționează în lucrările lor efectul produs de situația acestor debitori în istoria socială a Romei⁴.

Nereușind să își execute obligația, debitorul rămânea la dispoziția totală a creditorului care îl putea vinde ca sclav sau chiar ucide. De aceea, de multe ori plebeul debitor s-a ridicat „împotriva patricianului care, înarmat cu creanța sa, voia să-l subjuge”⁵. Fără îndoială că acest fenomen face parte din lupta plebei „pentru a intra în cetate”⁶, adică pentru a obține legi scrise, accesul la magistraturi și instituții care să le garanteze drepturile. *Lex Poetelia Papiria* nu a interzis, însă, închiderea datornicilor, această severă practică supraviețuind încă multe secole, ci a pus capăt unor excese, obligând creditorul să îl trateze pe debitor ca pe un cetățean și să recurgă mai întâi la calea judecătii pentru îndeostularea creanței sale.

VI. SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În a șasea treaptă de analiză vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca clarificarea contradicțiilor după metoda dialectică.

VI.1. Teza – *pro auctoritas*

În sistemul contractual din vechiul drept roman a existat un contract de împrumut de bani și, ulterior, de orice obiect cântăribil sau măsurabil (*nexum*), încheiat într-o formă solemnă, asemănătoare mancipațiunii. Acest contract oferea creditorilor, în cazul neexecutării obligației de către debitor, posibilitatea evitării unui proces pentru a obține *manus injectio iudicati*. În virtutea forței executorii a acestui contract, creditorul putea declanșa de la bun început procedura *manus injectio*, ducându-l pe debitor în carcera sa privată (*ergastulum*), iar după o perioadă de 60 de zile, dacă nu își vedea satisfăcută creanța, îl putea vinde ca sclav *trans*

¹ Tiberiu Moșoiu, *op. cit.*, pp. 40-41.

² Gaston May, *op. cit.*, p. 308.

³ Felix Senn, *op. cit.*, p. 91; Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 16.

⁴ C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 296.

⁵ Fustel de Coulanges, *Cetatea antică, Studiu asupra cultului, dreptului și instituțiilor Greciei și Romei*, volumul II, Traducere de Mioara și Pan Izverna, Traducerea notelor de Elena Lazăr, Prefață de Radu Florescu, București, Editura Meridiane, 1984, p. 139.

⁶ *Ibidem*, pp. 117-160.

Tiberim sau chiar ucide.

VI.2. Antiteza – *contra auctoritas*¹

Un contract de împrumut de bani încheiat *per aes et libram* și denumit *nexum* nu a existat niciodată în istoria dreptului privat roman, iar teoriile din literatura romanistă privind existența sa constituie o uriașă mistificare. Totul pornește de la lipsa interpretării și, uneori, chiar dintr-o traducere greșită a textelor antice².

Dacă se coroborează informațiile din lucrările lui Varro (*De lingua latina*), Festus (*Epitome*), Cicero (*Ad familiares*) și Gaius (*Institutiones*) și se face o traducere

¹ Teoria clasică în materia *nexum*-ului este aceea care vede în această noțiune un contract de împrumut bănesc încheiat în formă solemnă (*per aes et libram*) și care oferea creditorului, în cazul neexecutării creanței, posibilitatea recurgerii, la capătul termenului legal de 30 de zile, la procedura *legis actio per manus iniectionem*. La această opinie, susținută pentru prima dată în mod argumentat de către Huschke (*Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846), au achiesat majoritatea romaniștilor, unii dintre ei cu o autoritate uriașă în acest domeniu. Încă din primii ani ai secolului al XX-lea au început să apară însă studii semnate de autori care, propunând o altă lectură a surselor antice, au ajuns la concluzii ce nuanțau opinia dominantă sau o respingeau pe de-a-ntregul. L. Mitteis (*Ueber das nexum*, în „*Zeitschrift des Savigny-Stiftung*”, 1901, pp. 96-125) a văzut în *nexum* fie un contract de împrumut (dar care nu era executoriu prin el însuși, ci era sancționat printr-o *actio sacramenti in personam*), fie un act de automancipare (încheiat *per aes et libram* după scadența datoriei și sancționat printr-o *actio sacramenti in rem*), iar O. Lenel (*Das Nexum*, în „*Zeitschrift des Savigny-Stiftung*”, 1902, pp. 84-101) a negat caracterul *per aes et libram* al *nexum*-lui, considerându-l un act de autogajare al debitorului încheiat în forma vadimoniului (*vadimonio nexus*). Pentru detalii, a se vedea Felix Senn, *op. cit.*, pp. 49-57; Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, pp. 513-514, nota 1; Édouard Cuq, *op. cit.*, pp. 412-413, nota 10.

Interpretările propuse de L. Mitteis și O. Lenel au trezit un puternic ecou în lumea romaniștilor, influențând, în proporții diferite, bibliografia problemei (a se vedea recenziile critice semnate de P. Huvelin în *L'année sociologique*, 1901-1902, pp. 390-393, 1902-1903, pp. 470-472, 1903-1904, pp. 445-448, 1904-1905, pp. 408-414, 1906-1909, pp. 432-442, 1909-1912, pp. 482-487). Și în literatura juridică românească, curentul majoritar îl reprezintă cel care susține existența *nexum*-ului ca un contract libral de împrumut, care oferea creditorului posibilitatea executării personale a debitorului insolubil. Excepțiile sunt puține. Ele sunt reprezentate de către profesorul bucureștean Constantin Ștefan Tomulescu (urmat de toți romaniștii care se revendică de la școala acestuia) și de către profesorul ieșean Ilie Popescu-Spineni. Primul vede în *nexum* un contract solemn în formă autentică, o aplicare a lui *in jure cessio*, prin care debitorul ce nu își putuse plăti datoria luată printr-o *stipulatio* se înțelegea cu creditorul să muncească un anumit număr de zile, evitând astfel procedura *manus injectio* (a se vedea C. St. Tomulescu, *op. cit.*, p. 275; Emil Molcuț, *op. cit.*, p. 247; Ștefan Cocoș, *op. cit.*, p. 214; Ștefan Cocoș, Mircea Toma, Gheorghe Pârvan, *op. cit.*, p. 106). Al doilea a fost un adversar vehement al teoriei privind existența *nexum*-ului ca și un contract libral, considerând că termenul a desemnat inițial starea de fapt a debitorilor insolubili, iar, ulterior, s-a referit fie la *mancipatio* fie la testamentul *per aes et libram* (a se vedea I. Popescu-Spineni, *Nexum – Observări critice asupra unui pretins contract roman*, Pitești, 1925; Idem, *Contractele formaliste la Romani*, Pitești, Tipografia „Artistică” P. Mitu, 1928, pp. 21-38; Idem, *Noi documente pentru istoria dreptului roman*, Extras din „*Revista clasică*”, București, Cartea Românească, 1934; recenzia semnată de D. M. Pippidi la studiul *Die Unzulässigkeit des nexum als Kontrakt*, Iași, 1931, în „*Revista clasică*”, Tom IV-V, 1932-1933, pp. 347-348).

² I. Popescu-Spineni, *Contractele formaliste la Romani...*, p. 23.

mai atentă a lor, se va observa că romanii foloseau cuvântul *nexum* pentru a desemna fie mancipația¹, fie testamentul libral și în nici un caz un contract de împrumut de bani. Atunci când prezintă controversa dintre Manilius și Mucius, primul susținând că *nexum* și *mancipium* sunt sinonime, iar al doilea că *nexum* este numai operația librală, filologul Varro nu a urmărit să surprindă nuanțele juridice, ci doar a dorit să explice cuvântul *nexum*. Or, din textul lui Varro se observă că el nu s-a referit la obligarea oamenilor printr-o operație juridică abstractă, ci la obligarea lucrurilor, în speță a banilor (*aes quod obligatur per libram*)².

În *Epitome*, Festus, literat din vremea Severilor, reeditează opera lexicală *De verborum significationem* a lui Flaccus, scriitor din vremea lui Augustus. Cele două expresii care îi interesează pe romaniști în legătură cu această chestiune sunt *nexi datio* și *nexum aes*. Aceste două noțiuni nu trebuie înțelese ca desemnând contractul bănesc, ci, în primul caz, mancipațiunea, iar în al doilea caz testamentul libral. Astfel, fragmentul *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur; idque necti dicitur. Quo in genere sunt haec: Testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio* trebuie tradus „*Nexum* este, după Gallus Aelius, orice lucru purtat *per aes et libram*. Se zice că lucrul acesta e legat (*nexat*). În această categorie sunt acestea: testamentul, mancipațiunea și plata *per aes et libram*”. În acest caz, sunt haec solicită o enumerare limitativă, iar din enumerarea operațiilor librale nu putea lipsi tocmai mancipațiunea. În plus, în epoca lui Gallus, folosirea unor expresii precum *nexi datio* sau *traditio nexu* pentru a denumi mancipațiunea nu ar fi un lucru extraordinar atât timp cât cel puțin ultima formă o întâlnim și la Cicero, contemporan cu Gallus. De asemenea, când a scris *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur* („Arama nexată la cei vechi se numea banul obligat libral”), Festus a avut în vedere, la fel ca și Varro, banii „obligați *per aes et libram*”, adică lăsați ca legat *per damnationem* într-un testament libral nuncupativ³.

În sfârșit, a crede că Gaius în fragmentul *veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur* („anume când ceea ce se datorează a fost contractat tot *per aes et libram*, sau când se datorează ceva de pe urma unei judecăți”) s-a referit la *nexum* înseamnă, în fapt, a crede că celebrul profesor de drept din secolul al II-lea a fost incomplet. Aceasta deoarece enumerarea lui Gaius este limitativă (așa cum arată și folosirea expresiilor *certis in causis*, „în anumite cauze”, și *veluti*, „anume”) și din ea nu putea lipsi tocmai legatul *per damnationem*, pe care Gaius îl descrie în același context⁴.

Nu este lipsit de semnificație nici amănuntul că Gaius a cunoscut termenul *nexum*, dar l-a folosit într-o conjunctură care nu servește deloc pe susținătorii teoriei contractului de împrumut bănesc. Paragraful 27 din *Comentariul al II-lea* al

¹ În sensul identificării *nexum*-ului cu mancipația a se vedea și Pietro Bonfante, *op. cit.*, pp. 221-222.

² I. Popescu-Spineni, *Contractele formaliste la Romani...*, pp. 23-25.

³ *Ibidem*, pp. 25-29.

⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

Instituțiunilor, deși greu lizibil¹, a fost citit astfel: *Praetera admonendi sumus, quod veteres dicebant nexum Italici soli proprium ius esse, provincialis soli nexum non esse; secundum hanc significationem solum Italicum Mancipi esse, provinciale nec Mancipi est. Aliter enim veteri lingua actus vocatur, et quod illis nexus, idem nobis est Mancipatio* („Trebuie atrasă aici atenția că *veteres* spuneau despre *nexus* că ar fi fost un privilegiu al pământului Italiei și că pe teritoriul provinciilor nu există *nexus*; după această distincție, urmează că pământul Italiei este mancipabil, iar cel din provincie nemancipabil. De altfel, în graiul vechi el se cheamă *actus* și ceea ce în limba veche era *nexus*, aceeași pentru noi astăzi este *mancipatio*”)².

Completarea palimpsestului din Verona cu fragmentele pergamentului descoperit în anul 1933 în Egipt adaugă la formula plății librale cuvintele *milibus sestertiorum iudicio* („obligat prin judecată la atâtea mii de sesterți”)³. Or, cuvântul *iudicio* „spulberă legenda că la Roma ar fi existat contracte încheiate în fața balanței de aramă, cu efect executor din cauza unei *damnatio*, pronunțată de creditor împotriva debitorului, fără să mai fie nevoie de obținerea unei sentințe judecătorești de condamnare”⁴. Aceasta cu atât mai mult cu cât din traducerea și coroborarea unor texte din Titus Livius, Cicero, Varro și Dionysos din Halicarnas reiese că *lex Poetelia-Papiria* nu s-a referit la abolirea forței executorii a contractului de împrumut bănesc, ci la eliberarea debitorilor închiși, în acel moment, pentru neplata datoriilor⁵.

VI.3. Sinteza – *dicta, sive concordia discordantium, sive conjunctio oppositorum*

Argumentele de natură filologică din antiteză sunt, fără îndoială, pertinente și ele au darul de a obliga la o perspectivă echilibrată și nuanțată a teoriei existenței contractului *nexus*. Însă nu trebuie uitat că, de cele mai multe ori, sursele antice sunt contradictorii sau fragmentate, mutilate de trecerea timpului ori de acțiunea iresponsabilă a omului. Această realitate obligă la depășirea interpretării strict filologice și solicită o investigație comparativă și sociologică a drepturilor primitive, care implică abandonarea abordării dogmatice și asumarea efortului de interpretare a fenomenului juridic⁶.

Nimic nu îndreptățește a pune semnul de egalitate între *nexus* și *mancipatio*, chiar dacă efortul de a propune o altă traducere și interpretare a textelor antice ar îndemna la această atitudine. Cele două tipuri de acte juridice prezintă asemănări ce decurg din caracterul lor de acte încheiate prin aramă și balanță (*per aes et libram*). În ambele cazuri era necesară prezența părților, a celor cinci martori, a purtătorului de balanță (*libripens*), iar acțiunea era aceeași: cântărirea inițial fictivă, ulterior reală, a

¹ A se vedea *Textes de droit romain...*, pp. 255-256.

² Pentru importanța acestui fragment, considerat „argumentul decisiv”, a se vedea I. Popescu-Spinei, *Contractele formaliste la Romani...*, p. 34, iar pentru varianta „întregită” a textului latin și traducere, Gaius, *op. cit.*, p. 130.

³ Gaius, *op. cit.*, p. 248.

⁴ I. Popescu-Spineni, *Noi documente pentru istoria dreptului roman...*, p. 9.

⁵ Idem, *Contractele formaliste la Romani...*, pp. 34-36.

⁶ Jean Carbonnier, *op. cit.*, pp. 193-194.

aramei. Însă alături de aceste similitudini, reies cu claritate funcțiile distincte ale celor două acte: mancipațiunea a fost mai întâi o vânzare și, ulterior, un mod de dobândire a proprietății, iar *nexum* mai întâi un împrumut, și apoi un procedeu general de naștere a obligației¹.

Un element care diferențiază net cele două acte este reprezentat de cuvintele pronunțate cu ocazia încheierii lor. Dacă la *mancipatio* cel care dobândește bunul pronunță formula prin care acel bun devine al lui după dreptul Quiriților (*meum esse aio ex jure Quiritium*)², la *nexum*, creditorul pronunță o formulă asemănătoare unei *damnatio*, o *nuncupatio* care determină suma de bani datorată, dobânda, termenul de achitare și proclamarea faptului că persoana care a primit banii devenea *nexus*³.

Este adevărat că informațiile lui Gaius sunt lacunare, deoarece nu găsim decât termenii care trebuiau roștiți de debitor la formula stingerii librale a unei obligații⁴. Însă nu trebuie uitat tocmai faptul că Gaius, care rămâne principala sursă în materie, a fost un jurist de la jumătatea secolului al II-lea d. Hr. Prea puțin interesat de o instituție care căzuse de mult în desuetudine⁵, el doar o amintește și se mulțumește să relateze formula plății *per aes et libram*, care ar fi putut să stingă și un eventual contract *nexum*. Oarecum suficient în logica unui jurist. În dreptul roman a fost valabil principiul că obligațiile născute din contracte formale se sting prin solemnități inverse celor care au dus la formarea lor⁶. Deși este greu de spus dacă similitudinea formelor funcționa ca un principiu și în dreptul roman vechi, perioada de referință pentru existența *nexum*-ului, ideea corespondenței formelor exista cu siguranță⁷. Cu atât mai mult în perioada lui Gaius, în plină epocă clasică a dreptului roman, putem considera că principiul simetriei formelor funcționa ca o regulă de bază a logicii juridice.

¹ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 510; C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 295.

² Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 510.

³ Pierre Noailles, *op. cit.*, *apud* Mihai Vasile Jakotă, *op. cit.*, p. 483, nota 12. Vasile Val Popa, *op. cit.*, p. 242. S-au exprimat și opinii în sensul pronunțării *damnatio* de către debitor (René Foigniet, *op. cit.*, p. 192). Astfel, Tiberiu Moșoiu, bazându-se pe analogia existentă între *mancipatio* și *nexum*, a susținut că în acest din urmă caz *nuncupatio* era pronunțată de către debitor (Tiberiu Moșoiu, *op. cit.*, p. 41).

⁴ Gaius, *op. cit.*, p. 247, nota 103; Felix Senn, *op. cit.*, p. 84; C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 294.

⁵ „La epoca clasică, *nexum*-ul devenise și pentru romani o simplă amintire” (Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 802).

⁶ Paul Frédéric Girard, *op. cit.*, p. 509, nota 1.

⁷ P. Ourliac, J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit des obligations*, Paris, 1957, p. 195 *apud* C. Șt. Tomulescu, *op. cit.*, p. 270, nota 256.

VII. SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În a șaptea treaptă a cercetării, metodologia școlii dreptului organic presupune analiza justificărilor dreptului sancționat de textul în cauză prin expunerea argumentelor și a excepțiilor, inclusiv *exceptio exceptionis causa*, cu observarea finală a principiilor generale, a brocardurilor și cu eventuala propunere *de lege ferenda*, în cadrul analizei incursiv-receptive.

Într-o recenzie din anul 1943, marele romanist Valentin-Alexandru Georgescu și-a exprimat opinia că „în istoria *nexum*-ului, ultimul cuvânt n-a fost spus”¹. Aprecierea venea după o jumătate de veac de dispute aprinse în literatura romanistă europeană cu privire la metoda de interpretare a puținelor surse care se referă la această problemă. În mod evident, susținătorii celor două mari teorii, în favoarea și împotriva ideii existenței unui contract libral de împrumut în Roma arhaică, au declarat că problema este închisă după expunerea propriilor argumente. Modestele noastre posibilități nu ne permit o atitudine atât de hotărâtă. Însă, în privința justificărilor dreptului sancționat în textul în cauză, expunem următoarele argumente în favoarea tezei existenței *nexum*-ului:

- chiar dacă denumirea de contract este pretențioasă, *nexum*-ul a fost actul juridic din Roma veche care asigură împrumutul, inițial doar de bani, între indivizi;

- modalitatea de încheiere prin aramă și balanță (*per aes et libram*) este adecvată pentru o colectivitate în care asumarea publică a obligațiilor era o practică, iar utilizarea simbolurilor, o necesitate; rolul jucat de mancipațiune în evoluția modurilor de dobândire a proprietății este elocvent;

- procedura de executare a debitorului insolubil pare exotică și abuzivă doar în raport cu mentalitățile societății romane clasice, dar nu și cu acelea ale unei societăți arhaice; identificarea unui tratament similar aplicat debitorului și în alte colectivități primitive este un argument în acest sens;

- fără a exagera importanța *nexum*-ului în sensul de principal vector al „luptei de clasă” din primele secole ale Romei, este necesar să înscriem această instituție în realitatea socială a sfârșitului epocii regale și începutului celei republicane.

Vechimea textului analizat și caracterul desuet al *nexum*-ului încă din perioada jurisconsultilor fac improprie orice propunere *de lege ferenda*.

Brocardul analizei noastre constă în sublinierea **spiritului mereu viu al dreptului roman**. Uriașa polemică din literatura romanistă asupra *nexum*-ului arată faptul că, în ciuda venerabilei sale vârste, dreptul roman respinge adevărurile convenționale, teoriile facile și expunerile aventuroase. Știința romanistă este deschisă spre metode de studiu pe care adesea cele mai moderne discipline le ignoră. Alături de filologie, sociologia, antropologia și etnologia juridică oferă instrumente

¹ Tiberiu Moșoiu, Valentin Al. Georgescu, *op. cit.*, p. 226.

pentru o cercetare interdisciplinară a celor mai vechi instituții juridice romane. De peste un secol și jumătate, controversa referitoare la existența și conținutul *nexum*-ului se constituie astfel într-o eficientă mărturie a eforturilor unei consistente părți a literaturii romaniste europene de a actualiza discursul științific și de a-l îmbogăți cu metodele de investigație contemporane.

*
* *

Ipsa se virtus satis ostendit¹

¹ „Virtutea se recomandă ea însăși îndeajuns” (Sallustius, *De bello lugurthino*, 85, 31), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 132.

CONTROVERSE PRIVIND FONDUL DE COMERȚ

Irina-Catrinel Arhip
Alina-Neli Nica

În cele ce urmează vom pune în discuție vânzarea-cumpărarea comercială a bunurilor mobile, reglementate de art. 3 alin. 1 și 2 C. com. român, cu incidențe asupra fondului de comerț, respectând cele șapte trepte ale metodologiei școlii dreptului organic.

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând, vom analiza textul juridic prin lectura, prezentarea integrală a textului și summa, rezumatul lui.

Lectura: Art. 3 C. com. român precizează actele juridice, faptele juridice și operațiunile pe care legea le declară ca fapte de comerț. Astfel, sunt considerate fapte de comerț, potrivit alin. 1, „Cumpărăturile de produse sau mărfuri spre a se revinde, fie în natură, fie după ce se vor fi lucrat sau pus în lucru, ori numai spre a se închiria; asemenea și cumpărarea spre a se revinde de obligațiuni ale statului sau alte titluri de credit circulând în comerț”. De asemenea, conform alin. al 2-lea, sunt fapte de comerț vânzările de produse, vânzările și închirierile de mărfuri, în natură sau lucrate, și vânzările de obligațiuni ale Statului sau de alte titluri de credit circulând în comerț, când vor fi fost cumpărate cu scop de revânzare sau închiriere.

Summa: Potrivit C. com. român cumpărarea și vânzarea comercială pot avea ca obiect numai bunuri mobile: produsele, mărfurile, obligațiunile statului și alte titluri de credit.

Așa cum rezultă din dispozițiile art. 3 pct. 1 și 2 C. com., cumpărarea este făcută în scop de revânzare sau închiriere, iar vânzarea este precedată de o cumpărare făcută în scop de revânzare.

SECUNDUM PONAM CASUM

În al doilea rând, vom începe cercetarea propriu-zisă prin imaginarea unor situații punctuale, care să lege abstracția textului de realitatea conflictuală juridică.

În practica judiciară apar din ce în ce mai frecvent cazuri, precum cele pe care le vom expune ulterior, ceea ce determină numeroase probleme în ceea ce privește soluționarea lor, întrucât de multe ori unele operațiuni comerciale fie asupra imobilelor, fie asupra fondului de comerț, sunt considerate de natură civilă. Astfel:

A) Persoana fizică X, care cumpără sau închiriază un imobil de la un proprietar Y, în vederea desfășurării ulterioare a unei activități comerciale (de exemplu vânzarea în acest spațiu, cu destinație de magazin, a unor produse de îmbrăcăminte), săvârșește o faptă de natură comercială sau civilă? O situație similară există și în cazul în care X ar construi un imobil cu aceeași rațiune a desfășurării ulterioare a unei activități comerciale.

B) O anumită regie autonomă încheie un contract de locație de gestiune având ca obiect o clădire, cu o societate comercială. Aceasta din urmă nu și-a onorat obligația de plată a chiriei o anumită perioadă de timp, ceea ce a determinat introducerea unei acțiuni în justiție de către reclamantă prin care solicită rezilierea contractului, evacuarea din spațiul închiriat cât și obligarea la plata costului restant al locației. În această speță, litigiul are natură civilă sau comercială și care va fi instanță competentă a-l soluționa: judecătoria sau tribunalul?¹

C) De asemenea, achiziționarea unui fond de comerț compus din firmă, emblemă, clientelă precum și locul, toate construcțiile, plantațiile unei fabrici de cherestea aflată în stare de faliment, tranzacția asupra imobilelor aparținând acestui fond de comerț, are caracter civil sau comercial?

TERTIUM, HISTORIA REGULAE EXPLORABO

În această a treia etapă vom cerceta evoluția istorică a regulii de drept, urmând axa verticală a analizei comparativiste.

Poziția doctrinei române vechi

În literatura de specialitate mai veche era unanimă părerea potrivit căreia operațiunile asupra imobilelor nu sunt comerciale².

Codul Caragea³ s-a aplicat în Țara Românească începând cu 1818 și el recunoaște vânzarea-cumpărarea în sens comercial doar a bunurilor mobile, reglementând-o pe cea asupra imobilelor ca având caracter civil. Astfel, printr-o

¹ *Jurisprudență* în Revista de drept comercial, nr. 12/1998, p. 122-123.

² Ion Luca Georgescu, *Drept comercial român*, vol. I, Ed. Socec & co. București, 1974, p. 206, 208.

³ Legiuirea Caragea, Ediție critică, Ed. Academiei Republicii Populare Române, 1955, p. 211.

circulară din 1847, se prevedea că „La cumpărări și vânzări de fire comercială, nu poate avea nici un loc dispozițiile pravilei civile, care recunosc vânzarea de lucruri nemișcătoare”¹.

Art. 262 din Codul comercial în vigoare în Transilvania (Legea ungară XXXVII din 1875) și art. 275 din Codul comercial ce se aplica în Bucovina stipulau în mod expres faptul că operațiunile asupra imobilelor nu pot fi comerciale. Comercialiștii din Vechiul Regat au preluat justificarea acestei soluții din doctrina franceză.

Referitor la Codul comercial român din 1887, în vigoare și astăzi, legiuitorul român de la 1887 a dorit să excludă tranzacțiile cu imobile din sfera de aplicare a dreptului comercial, urmând modelul C. com. francez. Dacă n-ar fi dorit acest lucru, ar fi reprodus prevederile C. com. italian ce i-a servit drept model. Soluția se impunea deci pe calea interpretării istorice. S-a afirmat că „legiuitorul nostru a făcut-o din considerațiuni de un ordin mai înalt, din cauza organizării noastre politice care se bazează pe ideea că între sol și naționalitate e o legătură ce nu fără pericol s-ar putea rupe”².

Legea aplicabilă industriei miniere

Industria minieră era scoasă de sub regimul legii comerciale. Această soluție s-a impus prin coroborarea unor texte din C. com. (art. 12, 46 alin. 2, 5) și art. 104 alin. 1 din Legea minelor din 1898, art. 66 din Legea consolidării petrolifere³. Dreptul de explorare minieră era socotit că este un drept real mobilier indiferent dacă era exercitat personal de proprietar sau de către un concesionar. Jurisprudența a dedus că operațiunea nu va putea fi comercială nici datorită calității de comercianți a subiecților, soluție extinsă și în privința carierelor⁴.

Au existat și soluții contrare justificate de argumentul conform căruia „scopul principal al concesiunii unei mine nu este nici transferarea dreptului asupra minei care este încorporată solului și nici transferarea posesiei asupra minei, aceasta nefiind decât o consecință necesară pentru exploatarea dreptului de concesiune, ci de a transfera în patrimoniul concesionarului dreptul de proprietate asupra minereului din mină, mobil prin anticipație”. Dobândind un bun mobil spre a-l revinde, în stare naturală sau prelucrat, concesionarul săvârșește prin însuși actul de concesiune un act unilateral obiectiv de comerț în sensul art. 3 pct. 1 din cod, de la care își împrumută calitatea de comerciant.

Construirea de imobile pentru a fi revândute era considerată comercială, chiar atunci când proprietarul terenului era cel ce făcea această operațiune. Această

¹ Buletinul Oficial, nr. 14 din 19 februarie 1847, p. 55.

² V.Gr. Iamandi, *Lecțiuni asupra dreptului comercial – actele de comerț*, fascicula I, Tip. I.C. Aberman, Iași, 1939, p. 66.

³ Stelian Ionescu, Laurențiu Preuțescu, *Codul comercial adnotat cu jurisprudența română la zi*, Monitorul Oficial, Imprimeria Națională, București, p. 12.

⁴ Ion Luca Georgescu, *Drept comercial român*, vol. I, Ed. Socec & cd., București, 1974, p. 210.

soluție se întemeia pe faptul că se cumpără materiale ce sunt revândute sub formă imobiliară (potrivit art. 3 alin. 1, 2 C. com.)¹, dar și pe temeiul că se întrunesc elementele întreprinderii de construcții.

Legea din 1 aprilie 1906 a pus pentru prima dată în discuție în art. 47 referitor la taxele de înregistrare către fisc fondurile de comerț, considerate ca universalitate de fapt prevăzând în același timp și modul cum vor fi evaluate fondurile de comerț. De asemenea, din punct de vedere fiscal s-a mai ocupat de fondul de comerț și un Decret-lege din 1920.

Codul comercial Carol al II-lea

Codul comercial Carol al II-lea a cărui intrare în vigoare a fost suspendată *sine die*, a reglementat în art. 2 pct. 5 ca fiind comerciale „operațiunile asupra imobilelor în scop de speculațiune”.

În raportul Consiliului Legislativ această prevedere era justificată de „neconținută dezvoltare a averii imobiliare, care poate forma obiect de interpunere în schimbul bunurilor”².

Condiția esențială pentru stabilirea naturii actului era aceea a speculației ce trebuia verificată la momentul încheierii operațiunii. Datorită acestei prevederi dobândeau caracter comercial nu numai cumpărările-vânzările, ci și actele de locațiune a imobilelor.

Condițiile istorice au făcut ca acest C. com. să nu intre în vigoare. A continuat să fie în vigoare vechiul Cod din 1887. În perioada comunistă ce a urmat, acesta rămâne în vigoare, fiind însă inaplicabil noilor relații economico-sociale.

Poziția comercialistă contemporană

Nefiind abrogat expres, după decembrie 1989, Codul comercial român de la 1887, redevine aplicabil raporturilor juridice specifice economiei de piață. Controversele asupra prevederilor sale au revenit în actualitate, calificarea operațiunilor cu imobile fiind una din aceste controverse.

Pe de altă parte, nici C. com. și nici Legea 31/1990 privind societățile comerciale nu definesc instituția fondului de comerț. O simplă evocare a sa este făcută în art. 861 C. com., text aflat în materia falimentului. În mod practic textele citate consacră o existență formală a acestei instituții, deși expresii ca „fond de comerț” sau „vânzarea unui fond de comerț” erau locuțiuni cunoscute în limbajul comun de specialitate.

De asemenea, în literatura de specialitate sunt excluse în continuare dintre faptele de comerț cumpărarea-vânzarea imobilelor, închirierea sau concesiunea

¹ Eftimie Antonescu, *Codul comercial adnotat cu jurisprudența, doctrina română și străină*, vol. I, ed. a II-a, Ed. Tiparul românesc, București, 1925, p. 133-134.

² Paul I. Demetrescu, I.L. Georgescu, *Codul comercial Carol al II-lea*, Ed. Cartea românească, București, 1974, p. 11.

imobilelor, considerându-se că aceste operațiuni au un caracter civil. Totuși, reglementarea C. com. este considerată vetustă și ar trebui abandonată în favoarea unei concepții moderne.¹

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare vom cuprinde în cadrul analizei prospectiv-exploratorii referințe la textele similare sau cu obiect asemănător din alte coduri comerciale și legislația contemporană.

În dreptul roman nu se recunoștea existența unor norme comerciale speciale, astfel dreptul comercial era integrat în dreptul civil. Jurisconșulții romani s-au preocupat puțin de fondul de comerț deoarece în acele timpuri fondul de comerț nu avea o existență distinctă, ci constituia un accesoriu al imobilului în care proprietarul exercita un comerț, fie personal, fie prin sclavi și emancipați².

În evul mediu se intensifică dezvoltarea comerțului maritim, fapt care determină apariția unui drept cutumiar. Juriștii din această perioadă istorică, foloseau mecanismul contractelor și cel al obligațiilor, în înțelegerea anumitor instituții de drept comercial.

După prăbușirea Imperiului Roman, concomitent cu apariția statelor cetăți italiene se poate vorbi și de o dezvoltare a comerțului terestru, proces care impune crearea unui sistem propriu de reguli de drept în care-și află originea multe din instituțiile comerciale moderne cum ar fi: băncile, societățile comerciale, falimentul.

De asemenea o importanță deosebită în formarea dreptului comercial o are dezvoltarea schimburilor prin intermediul iarmaroacelor, unde tranzacțiile și executarea acestora erau reglementate de reguli speciale caracterizate prin celeritatea procedurilor.

Gruparea comercianților și a meseriașilor din aceeași ramură de activitate sub conducerea consulului, care avea putere legislativă, a determinat adunarea normelor emise de acesta pentru rezolvarea litigiilor în statute, care ulterior odată cu progresul economic și evoluția politică, au fost înlocuite cu dreptul scris. Acesta spre deosebire de dreptul cutumiar, care avea aplicabilitate numai asupra unor zone geografice restrânse, va avea incidență asupra întregului teritoriu al unei țări, astfel apar zorii unei noi epoci, epoca modernă.

Inovația legiuitorului italian de la 1882

În Italia, datorită evoluției politice, apare un alt C. com. care va fi adoptat în anul 1882, cod ce va sta la baza inspirației în elaborarea C. com. român din 1887.

¹ George Papu, *Despre excluderea imobilelor din domeniul dreptului comercial*, în Revista de drept comercial, nr. 7-8/1998, p. 77.

² Constantin Stoeanovici, *Drept comercial comparat*, Ed. Tip „Curierul Judiciar, București, 1924, p. 168.

C. com. italian a fost primul cod comercial european ce a reglementat în art. 3 la pct. 3 ca „atti di commercio” - „cumpărarea și revânzarea de bunuri imobile când sunt făcute în scop de speculație comercială”¹.

Rațiunea acestui text a fost, prin acordarea caracterului comercial și acestor întreprinderi, să protejeze în primul rând economia națională împotriva crizelor și în special împotriva falimentelor².

Această dispoziție legală, menținută și de noul C. civ. din 1942, cod care reglementează și raporturile juridice comerciale, renunțându-se, astfel, la autonomia dreptului comercial, nu schimbă cu nimic organizarea proprietății imobiliare, a formelor și a publicității cumpărărilor-vânzărilor și nu avea nici o consecință asupra prescripției achizitive³.

În raportul Mancini (asupra Proiectului de C. com.) se preciza: „Codul comercial n-a avut intenția de a goli de conținut garanțiile de formă și probele prescrise de Codul civil, ce sunt în mod sigur compatibile cu natura actului comercial; există și dispoziții puțin diferite ce guvernează înstrăinarea navelor, înregistrarea și transcrierea contractului la care se raportează”⁴, aceasta neavând consecințe asupra caracterului comercial al acestor operațiuni.

Caracteristic operațiunilor cu privire la imobile, pentru a fi comerciale este intenția de a face o speculație comercială. Această intenție sau scop trebuie să existe în momentul încheierii contractului și trebuie să fie recunoscută de către ambii contractanți. Elementele ce conduc la învederarea intenției speculative ar fi: prețul, situația imobilului, destinația sa, momentul operațiunii, importanța sa, conexitatea sa cu alte afaceri de același fel. Acestea creează aparența scopului speculativ pe care judecătorul îl va aprecia de la caz la caz⁵, raportul Mancini precizând că, prin operațiune trebuie să se realizeze beneficiul unei adevărate și notorii speculații comerciale.

Ar avea acest caracter actele de locațiune făcute cu intenția și de proporția unei speculații, de exemplu: închirierea unor camere călătorilor, închirierea prin care se începe o speculație comercială, cum este închirierea unui teatru, a unui atelier, a unui magazin.

Jurisprudența italiană a considerat că închirierea și ocuparea de imobile, chiar când intervine între necomercianți e act de comerț, când s-a făcut în scop de speculație⁶; tot astfel este considerată și cumpărarea unui imobil fără intenția de

¹ Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, traducere din limba italiana după ed. 1907-1909 de A. Wahl, p. 151.

² *Ibidem*; de asemenea, art. 44 din Codul din 1882 prevedea că, în ce privește proba cu martori, de câte ori este vorba de imobile trebuie a se raporta la regulile cuprinse în C. civ. (cf. E. Antonescu *op. cit.*, p. 110).

³ Cesare Vivante, *op. cit.*, p. 152.

⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁵ *Ibidem*.

⁶ C.A. Veneția, 17 iulie 1896 în E. Antonescu, *op. cit.*, p. 92.

speculație, dar pentru a înființa în el o întreprindere¹; cumpărarea unui teren pentru a clădi pe el un edificiu pentru a închiria locuințe, prăvălii sau magazine². În schimb, este act civil cumpărarea și închirierea dacă cea mai mare parte a imobilului este destinat locuirii³.

Codul Comercial Francez

Franța a fost prima țară în care a fost legiferat comerțul. Începând cu edictul lui Carol al IX-lea dat în anul 1563 - prin care s-au creat jurisdicțiile consulare - continuând cu ordonanțele lui Ludovic al XIV-lea din 1673 - privind comerțul terestru și cele din 1683 - privind comerțul pe mare - cunoscute sub denumirea de Ordonanțele lui Colbert - opera de legiferare culminează cu adoptarea în anul 1807, în timpul lui Napoleon, a C. com. francez.

Acest cod a fost preluat și de alte țări dezvoltate din punct de vedere economic la acea vreme ca Italia, Spania, Olanda, Anglia, conferindu-i acestuia o recunoaștere valorică prin universalizare.

Se pare că în Franța, primul text care remarcă terminologic „fondul de comerț” apare abia prin secolul al XVI-lea, prin cunoscutele „oficii”- „les offices”. Aceste oficii constau în drepturile acordate de rege unor persoane de a exercita o profesiune sau o meserie determinată. De asemenea, în acele timpuri se mai găsea ideea de fond de comerț în expresia „fond de boutique”, care cuprindea mărfurile și ustensilele servind la o exploatare comercială.

Începând din 1807, anul apariției Codului de comerț, și îndeosebi cu apariția Legii din 17 martie 1909, „fondul de comerț” dobândește repere legislative substanțiale, până atunci această noțiune fiind evocată numai prin legile cu caracter fiscal, un exemplu în acest sens constituindu-l Legea din 26 februarie 1872.

În dreptul francez, din 1967, vânzarea-cumpărarea bunurilor imobile este considerată act de comerț, poziție menținută și în reglementarea actuală.

În Germania, încă din anul 1900, este în vigoare atât Codul civil cât și Codul comercial, acesta din urmă fiind fundamentat pe concepția subiectivă asupra dreptului comercial. Legiuitorul german are aceeași concepție, expusă în C. com. german, ca cel român în ceea ce privește excluderea operațiunilor asupra imobilelor ca fiind fapte de comerț.

În Anglia și în SUA sistemul juridic este total diferit de cel european, prin caracterul său cutumiar, regulile din *common-law* aplicându-se atât comercianților cât și necomercianților.

Au existat controverse asupra fondului de comerț, astfel încât doctrinarii

¹ C.A. Torino, 18 aprilie 1916 în E. Antonescu, *op. cit.*, p. 7, 135.

² C.A. Milano, 23 februarie 1916 în E. Antonescu, *op. cit.*, p. 135.

³ C.A. Torino, 8 aprilie 1895, în Cesare Vivante, *op. cit.*, în nota 37, p. 153.

italieni și germani au elaborat unele teorii pentru a clarifica următoarele aspecte: a) dacă fondul de comerț constituie o pluralitate de elemente lipsite de individualitate sau b) dacă fondul de comerț constituie un subiect de drept afectat la o exploatare comercială sau industrială sau c) dacă imobilele fondului de comerț pot fi considerate ca mobile spre a putea forma obiectul unor acte de comerț. Acest ultim aspect a fost supus discuției spre a se stabili dacă, pentru fondul de comerț se menține excluderea tradițională conform căreia bunurile imobile nu pot face obiectul unor acte de comerț sau operații comerciale.

Concluziile la care s-a ajuns precizează că fondul de comerț este un organ autonom deoarece între patrimoniul patronului și fond nu există nici o confuzie, fiecare fiind un subiect propriu. Autorii germani nu sunt de acord cu recunoașterea unei personalități juridice, dar consideră că prin afecțiune fondul are o valoare proprie, constituind un *patrimoniu de afecțiune*.

În opinia unor autori latini (italieni, francezi, români) fondul de comerț este *universalitate de fapt* a cărei bunuri deși reunite își conservă totuși individualitatea.

Datorită acestei importante particularități, fondul de comerț este un bun mobil incorporeal. Consecința acestei definiții permite a se face operații comerciale asupra bunurilor imobile prin derogare de la regula conform căreia numai bunurile mobile fac obiectul operațiilor comerciale, supuse regimului juridic al art. 3 din C. com. Operațiunile făcute chiar de comercianți asupra bunurilor imobile vor fi astfel supuse regimului juridic al legii comerciale.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând vom încerca să cercetăm regula de drept supusă discuției prin analiza gramaticală a textului, prin contextualizare din perspectivă pluridisciplinară și prin descoperirea sensurilor normei.

Littera: Potrivit art. 3 pct. 1 și 2 C. com., cumpărarea-vânzarea comercială poate avea ca obiect numai bunurile mobile: produsele, mărfurile și obligațiunile statului și titlurile de credit care circulă în comerț.

Astfel, noțiunea de *producte* desemnează în dreptul comercial, produsele naturale ale pământului, care se obțin prin cultură sau exploatare directă (de exemplu, cerealele, legumele, lemnele etc.), precum și produsele animalelor (de exemplu, laptele, lâna etc.). Așadar, noțiunea de produse folosită în dreptul comercial este mai largă decât cea din dreptul civil; ea se apropie de noțiunea de fructe naturale, folosită în dreptul civil.

Mărfurile sunt produsele realizate din activitatea de producție, destinate schimbului (de exemplu, autoturismele, mobilierul etc.).

Noțiunea de *obligațiuni ale statului* la care face referire art. 3 pct. 1 și 2 reprezintă titluri de credit emise de către stat. Titlurile de credit sunt înscrisuri în baza cărora titularii lor au calitatea să exercite drepturile specificate în cuprinsul lor.

Întrucât aceste titluri încorporează anumite drepturi, ele pot fi obiectul dreptului de proprietate și al unor operațiuni juridice, între care și cumpărarea și vânzarea.

Fondul de comerț este caracterizat ca fiind o universalitate de bunuri mobiliare, imobiliare, drepturi patrimoniale, corporale sau incorporale, având valoare economică, funcțională, dată de către subiectul dreptului comercial, în scopul exercitării profesiei sale.

În ceea ce privește caracterul juridic al fondului de comerț, una din legile producției de bunuri consideră că orice activitate productivă se realizează prin instrumentele specifice acțiunii pe care o întreprinde. Tot astfel, exercitarea comerțului implică la rândul său folosirea unor bunuri adecvate pentru realizarea scopului său. Fondul comercial, care cuprinde bunuri corporale și drepturi incorporale, se constituie astfel ca un *organism economic*¹. Toate bunurile care ajută la formarea fondului sunt împreunate într-un singur organism economic.

Sub acest aspect fondul de comerț împrumută unele caractere ale „universalității”. Va fi greu însă de susținut că patrimoniul acesta compus din cele mai variate bunuri, este un patrimoniu universal. Și aceasta va fi greu de susținut mai ales datorită principiului „unității patrimoniului” exprimat sub sintagma că fiecare persoană are un patrimoniu și fiecare patrimoniu aparține unei persoane.

Ca stare de fapt, organismul economic denumit „fondul de comerț”, este o creație a titularului iar între bunurile care îl compun *nu este instalată o coeziune fizică*, titularul putând în orice moment desprinde și dispune de unul din aceste elemente.

Sub acest aspect se poate vorbi de o universalitate, dar aceasta nu poate fi decât o universalitate de fapt (*universitas facti*), iar nu o universalitate juridică (*universitas juris*).

Fondul de comerț este alcătuit din bunuri corporale precum: clădirea (sau clădirile) afectate exercitării comerțului; bunurile mobile prin natura lor sau prin destinație; mărfurile existente și cele contractate. De asemenea, mai fac parte din fondul de comerț numele comercial, firma, emblema, marca de fabrică, brevetul de invenții, clientela, vadul comercial sau contractul de închiriere.

Contextualizare

Sensul social

În epoca veche deși exista proprietatea, abia când a luat naștere și un măsurător de valori stabil și recunoscut de toată lumea, a fost dată și a doua condiție esențială pentru nașterea comerțului. Banii, chiar din primele începuturi, manifestă puterea lor aproape magică de a crea și de a menține raporturile mai strânse între oameni. Numai cu ajutorul lor se naște și se consolidează o nouă noțiune mai întâi de ordin economic, social, mai apoi de ordin de drept, averea, care la rândul ei e condiție pentru altă noțiune socială, puterea. Astfel, această dorință de a poseda și de a dobândi o avere și prin ea de a-și crea o situație superioară în mediul social în care

¹ Cesare Vivante, *op. cit.*, p. 136.

trăiește, pare a fi cel mai puternic dacă nu singurul stimulent care l-a îndemnat pe om în toate timpurile de a se folosi de toate împrejurările sau, lipsind acestea, să le creeze pentru a-și asigura această situație cu ajutorul unei averi, strânsă mai ales prin operațiuni comerciale. Dorința aceasta a creat un nou și foarte puternic curent social, luxul, care sub cele mai variate forme stăpânea și continuă să stăpânească toate straturile sociale.

Sensul psihologic

Legat indisolubil sau raportat la cel social se poate susține că banii au fost considerați în toate vremurile un mijloc de a-și crea o situație materială și astfel o situație socială mai bună. Din dorința aceasta rezultă alta de a realiza un câștig din operațiunile și lucrările de tot felul, singurele în măsură de a asigura condiții de trai. Astfel, orice om dorește să-și îmbunătățească și să-și înfrumusețeze traiul. Din punct de vedere psihologic, această dorință pare a fi înăscută firii omenești, observându-se că este atât de puternică încât de la primele popoare se manifestă prin năzuința de a se pune numai decît în posesia bunului dorit, năzuință care prea adesea ia forma unei pofte pătimașe de a dobândi acest bun cu orice risc, fie și cu mijloace de viclenie sau forță brutală.

Sensul politic

Având în vedere extraordinara importanță a comerțului, statul, considerat un important factor economic, trebuie să ia toate măsurile sub forma unor dispoziții legale exprese în ceea ce privește activitatea comercială, pentru a garanta astfel o dezvoltare sănătoasă a comerțului. Totodată, din rațiuni de protecție a comercianților împotriva unor eventuale falimente a activității lor cât și diminuarea litigiilor de natură comercială, care apar frecvent în practică, noile realități economice și sociale impun schimbarea normelor juridice comerciale existente cu unele concrete, exprese. Astfel, s-ar asigura o eficiență extraordinară a operațiunilor comerciale, atât cele interne, cât și internaționale, noul cadru comunitar economic impunând-o aproape imperativ prin construirea Pieței Unice Europene pe baza unei largi libertăți de a contracta, aspectată sub forma liberei circulații a persoanelor, a bunurilor, a capitalurilor și a serviciilor. De aceea se impun reglementări exprese și nu deduse pe cale de interpretare a tuturor faptelor, actelor și operațiunilor de ordin comercial, eliminându-se astfel ingerințele anumitor dispoziții civile.

Sensul economic

Comerțul mijlocește circulația bunurilor indiferent dacă acestea se găsesc în starea lor originală sau dacă au fost prelucrate sau fabricate. Această funcție de mijlocire este una istorică deoarece comerțul regulează această circulație, silind atât producția cât și consumul să se supună normelor stabilite de el în scopul normalizării întregii vieți omenești.

Delimitarea bunurilor mobile de cele imobile sub aspect comercial se poate realiza și printr-o delimitare valorică a acestora. Valoarea este un concept economic

referitor la prețul cel mai probabil convenit de cumpărătorii și vânzătorii unui bun sau serviciu, disponibil pentru cumpărare. Valoarea nu reprezintă un fapt, ci o estimare a celui mai probabil preț care va fi plătit pentru bunuri sau servicii, la o anumită dată, în conformitate cu o anumită definiție a valorii.

De asemenea, o distincție importantă care trebuie făcută în activitatea de evaluare este diferența între valoare și preț. Diferența între preț și valoare este dată de motivațiile vânzătorului și cumpărătorului, de raportul de forțe de pe piață, precum și de unele criterii subiective.

Astfel, corectitudinea unui raport de evaluare se probează în piață, atunci când valoarea estimată este acceptată de părți, bunurile fie imobile, fie mobile au capacitatea de a genera profit, cunoașterea tendințelor pieței, utilitatea bunurilor care determină intensitatea dorinței de a vinde sau cumpăra, fie pentru uz personal, fie în scop de speculație.

Sensul teologico-filosofic

Chiar dacă profitul duce la stabilitatea economică în epoca noastră, valorile morale vechi sunt abandonate în favoarea unora moderne, omul căutând a se depăși pe sine însuși. Astfel, oricâte sacrificii și riscuri ar implica dobândirea unei averi, chiar și prin operațiuni comerciale, omul contemporan pierde din vedere că ființa sa este perisabilă, întreaga sa existență și toată agoniseala fiind supuse zădărniciiei (*vanitas vanitatum et omnia vanitas*). Așadar, omul modern, uită postulatul divin că ființa umană în viața sa chthoniană trebuie să se pregătească pentru Mântuire. El trebuie să se îmbogățească sufletește prin săvârșirea de puține păcate și a cât mai multor fapte bune, deoarece această avere îi va rezerva sau nu un loc în împărăția cerurilor și nu luxul material agonisit pe acest pământ.

Sensul obscur

Comerciantul dobândește bunul numai cu scopul de a-l supune stăpânirii sale tranzitorii, dorind să opereze un câștig bănesc cât se poate de mare din trecerea bunului la altă persoană. Pentru ca această rațiune a comerciantului să subziste, este necesar ca pentru o desfășurare normală a activității comerciale, toți comercianții care și-au asumat obligații, în baza raporturilor juridice la care participă, să le execute în conformitate cu contractele încheiate. În privința executării obligațiilor o importanță deosebită o are executarea celor care au ca obiect plata unor sume de bani (prețul mărfurilor, lucrărilor, serviciilor, rambursarea împrumuturilor). Neachitarea la scadență a sumelor de bani datorate de către debitor îl pune pe creditor în situația de a fi lipsit de mijloacele necesare reluării ciclului de producție. Având în vedere că, cel mai adesea, produsele, lucrările și serviciile se realizează cu bani împrumutați, creditorul nu va putea restitui băncii creditele primite. Prin urmare, neexecutarea obligațiilor bănești la scadență produce consecințe negative în lanț, nu doar asupra creditorului, ci și față de alți comercianți cu care creditorul se află în raporturi juridice și mai mult asupra salariaților comerciantului. Se ridică astfel problema, descoperind în același timp și *sensul obscur*, de ce se dovedește în

aceste raporturi comerciale, reaua-credință a unor comercianți sau persoane în aceste raporturi comerciale, împiedicând pe un altul să aibă o dezvoltare armonioasă a activității sale comerciale, aducând-o în stare de dificultate și chiar de faliment, culpa nefiindu-i imputabilă. Ce importanță mai are dacă bunurile care se vând prin adjudecare sunt mobile sau imobile sau dacă vânzarea are caracter comercial sau civil? Noile realități economice au dus la crearea unui raport invers proporțional cu valorile morale vechi, astfel încât primează egoismul uman prin asigurarea unei stări de bine individuale și nu a întregii comunități cum se practica în timpurile mai vechi.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând, vom cerceta contraargumentele aduse dispozițiilor înscrise în art. 3 alin. 1 și 2 C. com., prin metoda dialectică a tezei, antitezei și sintezei.

Teza - *pro auctoritas*: Operațiunile cu privire la imobile (vânzare-cumpărare, închiriere, concesiune, leasing) au o natură esențialmente civilă, pornind de la următoarele premise.

La data adoptării C. com., bunurile imobile reprezentau principalul element patrimonial, având o valoare mare relativ la bunurile mobile (accesorii ale imobilelor în cadrul masei patrimoniale); s-a considerat că, lăsând operațiunile cu privire la imobile exclusiv sub incidența reglementărilor civile, care reprezintă reglementări cu caracter de protecție și care instituie unele formalități solemne necesare valabilității sau opozabilității transferului, se realizează o mai bună protecție a celor tentați de transfer și un avertisment asupra caracterului grav al acestuia.

C. com. român nu a preluat și textul art. 1 alin. 3 C. com. italian conform căruia operațiunile *speculative* cu privire la imobile sunt comerciale, ceea ce înseamnă că legiuitorul roman a dorit să excludă de sub incidența dreptului comercial operațiunile cu privire la imobile.

Art. 3 pct. 1 și 2 C. com. se referă numai la bunuri mobile; *per a contrario*, reglementarea comercială nu are în vedere operațiunile imobiliare.

În mod tradițional vânzarea-cumpărarea bunurilor imobile, după legislația noastră, nu este act de comerț, chiar dacă ar fi fost făcută cu intenția de vindere sau închiriere, și că în consecință, operațiunile imobiliare nu pot forma obiectul de activitate al unei societăți comerciale, acesta fiind de domeniul societății civile.

Așadar, dispozițiile art. 3 alin. 1 și 2 C. com. refuză calificarea comercială a actelor juridice care operează transmiterea unor bunuri imobile, asemenea operațiuni fiind, potrivit legii, de natură eminentemente civilă; fondul de comerț analizându-se ca o universalitate de natură mobilă, s-ar ajunge la consecințe juridice incompatibile cu regimul imobilelor, ele neputând fi tratate ca accesorii ale masei mobiliare, ca efect al regulilor care guvernează circuitul bunurilor mobile, ar deveni posibilă transmiterea, odată cu fondul de comerț, a imobilelor aferente, fără a se respecta condițiile instituite prin norme legale imperative referitoare la

dobândirea acestor bunuri¹.

Antiteza - contra auctoritas: În opinia noastră, legea nu exclude nici expres, nici implicit, operațiunile imobiliare de sub incidența reglementării comerciale, considerăm că imobilele pot face obiectul fie al vânzării-cumpărării, închirierii, concesiunii, leasingului și totodată ele fac parte din fondul de comerț.

În sprijinul acestei viziuni aducem următoarele argumente.

În primul rând, există bunuri mobile care au o valoare mult mai mare decât imobilele (ex. nave, aeronave); protecția prin reglementarea civilă poate fi necesară în ceea ce-i privește pe necomercianți, nu și în ce-i privește pe comercianți, care sunt profesioniști; formalitățile solemne ce însoțesc transferul imobilelor se păstrează, indiferent dacă operațiunile respective sunt considerate civile sau comerciale, întrucât condițiile de formă și de fond necesare pentru valabilitatea unui act juridic de drept privat nu depind de această calificare (dreptul comercial se completează cu dreptul civil acolo unde nu există dispoziții exprese derogatorii conform art. 1 alin. 1 C. com.). Într-adevăr, fie că este calificată civilă sau comercială, o vânzare de terenuri este valabilă doar dacă este făcută în formă autentică notarială, iar o vânzare de imobile (terenuri sau construcții) este *opozabilă* terților doar dacă s-au efectuat formalitățile de publicitate imobiliară. Deși, după cum am observat pentru circuitul civil al bunurilor imobile există reguli imperative speciale, putem conchide că, prin simpla apartenență a acestor bunuri la fondul de comerț astfel de reguli referitoare la transmitere, formalitățile de publicitate imobiliară cât și a taxelor fiscale, nu sunt eludate.

De asemenea, nepreluarea textului din Codul italian poate să însemne și că intenția legiuitorului român a fost alta: să nu restrângă incidența reglementării comerciale numai la operațiunile speculative asupra imobilelor ca în legislația italiană sau cea franceză, ci să o extindă asupra oricărui fel de operațiuni efectuată cu intenția de revânzare sau reînchiriere și la cadrul comerțului unui comerciant. Astfel, art. 3 C. com. nu însiruie elementele fondului de comerț, ci menționează exemplificativ – categoric nu exhaustiv, așa încât, eventual și-ar putea găsi locul și operațiunile privitoare la imobile ca fapte de comerț. Tot referitor la fondul de comerț, pare paradoxal ca într-o universalitate de natură „mobiliară” să fie cuprinse și imobile. Totuși putem considera că este o construcție artificială și forțată, o *contradictio in terminis*, și o abatere de la principiul, considerat aproape sacrosanct, prevăzut de art. 461 C. civ. care dispune că: „Toate bunurile sunt mobile sau imobile”. Fondul de comerț, ca universalitate de natură mobilă, este constituit astfel prin voința titularului acestuia, nefiind o universalitate juridică. Nici o dispoziție legală nu indică expres natura juridică a fondului de comerț, având ca reper categoriile tradiționale de bunuri, el putând avea o altă natură decât bunurile care îl alcătuiesc, întrucât este o universalitate compozită de bunuri, distinctă și

¹ Ovidiu Căpățână, *Evoluția dreptului comercial*, în *Revista Dreptul*, nr. 9-12/1990, p. 23-24.

autonomă¹.

Nu în ultimul rând, clasificarea bunurilor în cele două categorii nu poate fi considerată atât de tranșantă precum pare, din moment ce există mobile prin anticipație, tocmai prin voința părților, și imobile prin destinație. Acestea din urmă sunt definite în C. civ. art. 468 alin. 1 ca fiind „obiectele ce proprietarul unui fond a pus pe el, pentru serviciul și exploatarea acestui fond”. Așadar, imobilele prin destinație sunt, prin natura lor, bunuri mobile, însă dată fiind destinația lor, stabilită de proprietar, legea le declară imobile. Este de reținut că pentru a fi în prezența unui imobil prin destinație, trebuie îndeplinite două condiții și anume: pe de o parte să existe un raport de accesorialitate (adică de afectare), fizică sau volițională (în sensul că acest raport este stabilit printr-o legătură materială, fie printr-o legătură intelectuală), între bunul mobil și imobilul prin natura lui la care servește, iar, pe de altă parte, ambele bunuri să aibă același proprietar². Deși art. 468 C. civ. nu enumeră și obiectele afectate exploatarea comercială a unui imobil, considerăm că întrucât legea nu distinge între diferitele feluri de servicii și exploatare, regulile art. 468 C. civ. pot fi extinse și la exploatarea comercială³.

Sinteză – *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*: Interpretarea *per a contrario* este ambivalentă și poate genera incertitudine. Acest argument de interpretare se întemeiază pe legea logică a terțului exclus (*tertio non datur*), respectiv, ca o problemă, în datele sale esențiale are doar două soluții, o a treia fiind exclusă. Dacă în C. com. operațiunile imobiliare nu sunt calificate *expres* ca fiind comerciale atunci ele nu pot fi calificate decât civile? Răspunsul este negativ, întrucât art. 4 C. com. califică drept comerciale *orice obligațiuni ale comercianților rezultate din exercițiul comerțului lor*, operațiunile imobiliare putând intra cel puțin implicit, sub incidența acestui text. Pe de altă parte, concluzia raționamentului *per a contrario* poate fi dublă: fie excludere, fie permisiune. Când legea nu interzice *expres*, atunci înseamnă că permite.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând, vom cerceta justificarea dreptului sancționat, prin expunerea argumentelor și excepțiilor pe care acest principiu le comportă, pentru a face în final observații cu privire la liniile generale și brocardurile principiului și propunerea *de lege ferenda*.

Jurisprudența a admis caracterul comercial al vânzării sau închirierii bunurilor imobile care fac parte dintr-un fond de comerț.

¹ Ion Deleanu, *Fondul de comerț – considerații generale*, în Revista Dreptul, nr. 4/2001, p. 77-78.

² Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. All Beck, București, 2002, p. 73.

³ Constantin Hamangiu, *Codul civil annotat*, vol. I, Ed. All Beck, București, 1999, p. 583.

Curtea Supremă de Justiție în compunerea de 7 judecători a exprimat în acest sens și punctul său de vedere¹, conform căreia operațiile comerciale făcute asupra unor imobile care fac parte din fondul de comerț sunt operațiuni supuse regimului juridic al dreptului comercial.

Mai mult decât atât, schimbarea opticii pe plan legislativ, include leasing-ul imobiliar printre actele de comerț.

Astfel, cea mai importantă reglementare legală, care include operațiunile cu imobile în domeniul dreptului comercial este O.G. nr. 51 din 30 august 1997² cu privire la *leasing*.

Contractul comercial de *leasing* poate avea ca obiect, utilizarea unor bunuri imobile cu destinație comercială și industrială achiziționate sau construite de o societate de *leasing* sau utilizarea bunurilor de folosință îndelungată și a imobilelor cu destinație de locuință pentru persoane fizice cu respectarea condițiilor privind protecția consumatorului. În aceste situații *leasing*-ul este imobiliar și se poate confunda în practică cu închirierea propriu-zisă de imobile, cu consecința acordării caracterului comercial și acesteia din urmă.

Pentru a evita această confuzie, menționăm că acest contract de *leasing*, prin esență comercial se deosebește de închirierea de drept comun în primul rând prin faptul că acesta a fost conceput ca un instrument de creditare și nu doar ca o pură speculație cum este închirierea³.

De asemenea *leasing*-ul imobiliar se deosebește de închirierea unui imobil și prin promisiunea unilaterală a locatorului de a vinde imobilul închiriat locatarului, la o dată care de obicei coincide cu data expirării contractului.

Dar părțile pot conveni ca, la expirarea duratei pentru care contractul a fost încheiat, locatarul să opteze între a cumpăra bunul, a-l reînchiria sau pur și simplu se poate prevedea că respectivul contract încetează.

Datorită acestor trei posibilități, poate apărea în practică următoarea situație: o societate de *leasing* imobiliar, la solicitarea viitorului locatar, cumpără imobilul dorit de acesta și i-l închiriaza acestuia cu posibilitatea de a-l reînchiria la expirarea duratei contractului, fără a exista o promisiune unilaterală de vânzare. Care va fi natura contractului încheiat între părți? Cărei legi îi va fi supus contractul de cumpărare-vânzare încheiat între furnizor și societatea de *leasing*?

Opinăm că în această situație nu se încheie un contract de locațiune cu locatarul, ci un contract de *leasing*. Absența promisiunii unilaterale de vânzare, specifică *leasing*-ului operațional, nu transformă contractul din unul de *leasing* într-unul de închiriere propriu-zisă.

Într-o asemenea situație, trebuie însă să se stabilească, de către instanță dacă respectivul contract a reprezentat un instrument de creditare (și atunci va fi *leasing*)

¹ C.S.J., dec. nr. 10/1994, în B.J. 1994.

² Publicată în M. Of. nr. 224 din 30 august 1997, republicată în M. Of. nr. 9 din 12/01/2000.

³ Valentin M. Ionescu, *Aspecte generale privind leasing-ul – cadrul de reglementare, aplicații*, în Revista de drept comercial, nr. 9/1996, p. 59-73.

sau nu.

Suntem de părere că primul contract din „triumghiul” *leasing*-ului (cel de cumpărare-vânzare) va fi unul civil, pentru că legea comercială (O.G. 51/1997) este aplicabilă doar contractului propriu-zis de *leasing* (cel dintre locator și locatar) și nu întregii operațiuni ce cuprinde și cumpărarea-vânzarea.

Ar fi, desigur, utilă o consacrare legislativă a soluției includerii anumitor operațiuni imobiliare printre faptele de comerț. Totuși, soluția includerii printre faptele de comerț a închirierii unui imobil în scopul exercitării comerțului poate fi admisă chiar în cadrul dispozițiilor legale existente prin interpretarea lor în lumina realităților sociale și economice actuale. În nici o dispoziție a sa, C. com. nu exclude *in terminis* operațiunile imobiliare din sfera faptelor de comerț. Enumerarea faptelor de comerț din art. 3 C. com. are caracter enunțativ, iar sfera lor a evoluat spre o continuă extindere. Excluderea operațiunilor imobiliare dintre faptele de comerț este opera interpretativă a vechii doctrine și jurisprudențe, de altfel, așa cum s-a arătat, concordantă cu realitățile social-economice ale epocii. Realitățile economice și sociale actuale sunt însă profund diferite, astfel că vechea interpretare nu mai poate subzista.

Propunerea de lege ferenda

Absența unui text legal, care să excludă în mod imperativ operațiunile cu imobile din orbita dreptului comercial, poate duce la concluzia că acestea sunt guvernate și de legea comercială.

Deși încă se consideră că această excludere este o creație a doctrinei și jurisprudenței, neîntemeiată legal, tributare ideii seculare potrivit căreia imobilele sunt de resortul exclusiv al legii civile, ne-am propus ca acest studiu, prin metoda hermeneuticii organice, să combată această teză. În contextul dezvoltării continue a comerțului, această excludere nu este o soluție benefică. Legiuitorul nostru începe să o contrazică prin Ordonanța nr. 51/1997, privind operațiunile de *leasing* și societățile de *leasing*.

Pentru a include imobilele în domeniul dreptului comercial trebuie realizate unele modificări ale dispozițiilor C. com. român, reglementându-se în mod expres vânzarea-cumpărarea de imobile. Astfel, distincția între valorile mobiliare și cele imobiliare, având repercusiuni asupra legii aplicabile, nu se mai justifică. Valoarea economică nu mai este determinată de caracterul mobil sau imobil al bunului, așa cum s-a apreciat în 1887. Această rațiune nu mai există. Există însă o multitudine de operațiuni asupra imobilelor ce trebuie reglementate de legea comercială, așa cum o fac legislațiile europene moderne.

Realitățile social-economice au evoluat în direcția creșterii importanței bunurilor mobile mai ales în dreptul comercial. Creanțele, drepturile de proprietate industrială, valorile mobiliare, fondul de comerț constituie, de regulă, elementele esențiale ale patrimoniului comercianților, persoane fizice sau juridice. Pe de altă parte, nimic nu se opune ca și în tranzacțiile imobiliare comerciale să se mențină măsurile de protecție prevăzute de legea civilă (forma scrisă, publicitatea

contractului, probele etc.). Această evoluție s-a reflectat în legislația comercială franceză mai nouă prin includerea printre actele de comerț a cumpărării de imobile în scopul revânzării lor (art. 632-633 C. com. astfel cum au fost completate în 1967 și 1970).

De asemenea, noua doctrină comercială românească tinde, în general, spre includerea unor operațiuni imobiliare în sfera faptelor de comerț¹.

Se impune o reglementare expresă, pentru a uniformiza deciziile din jurisprudență care se orientează spre această soluție a admiterii că imobilele pot face obiectul unor operațiuni comerciale. Astfel, s-a statuat că „închirierea sediului de către o societate bancară este un fapt de comerț în virtutea principiului accesoriului care are drept scop de a face posibil comerțul pe care îl desfășoară în spirit de câștig”². În același sens, Curtea Supremă de Justiție, Secția Comercială, prin decizia nr. 4129 din 18.11.1999³, a statuat că o acțiune de evacuare a părâtei din spațiul comercial al reclamantei este supusă, în temeiul art. 4 și 56 din C. com., legii comerciale, motiv pentru care competența de soluționare revine tribunalului. De asemenea, jurisprudența admite calitatea de *universitas factis* a fondului de comerț, astfel încât raportul de interferență dintre regimul comercial al fondului și regimul de drept comun al imobilelor ce-i sunt înglobate, va impune, în cazul unor acte de dispoziție asupra fondului în întregime sau asupra imobilelor din fond, aplicarea în baza art. 1 din C. com., a regulilor de transmisiune imobiliară prevăzute de dreptul comun, fără ca prin aceasta, comercialitatea actelor de dispoziție să fie pierdută.

Nu în ultimul rând, armonizarea legislației române comerciale cu cea europeană se impune având în vedere modelul legislațiilor actuale în materie care reglementează expres operațiunile comerciale asupra imobilelor în Franța, Italia. Proxima integrare europeană a României implică adaptarea la cadrul legislativ unitar existent în ceea ce privește comerțul intern și cel internațional.

Dacă *de lege lata* excluderea are un suport, propunem, *de lege ferenda*, ca și operațiunile speculative asupra imobilelor să fie incluse printre faptele obiective de comerț și totodată elementele - bunuri imobile ale fondului de comerț.

¹ Stanciu D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 1998, p. 44 și 55; Ion Turcu, *Teoria și practica dreptului comercial român*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, vol. I, p. 152-154.

² C.A. Cluj, secț. civ. și de cont. adm., dec. nr. 1 din 4.01.1994, în Ion Turcu, *op. cit.*, p. 169 - 172.

³ Revista Juridica nr. 7/2000, p. 283.

Bibliografie selectivă

1. Buletinul Oficial, nr. 14 din 19 februarie 1847, p. 55
2. Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, traducere din limba italiană după ediția 1907-1909 de A. Wahl
3. Constantin Hamangiu, *Codul civil adnotat*, vol. I, Ed. All Beck, București, 1999
4. Constantin Stoeanovici, *Drept comercial comparat*, Ed. Tip Curierul Judiciar, București, 1924
5. Eftimie Antonescu, *Codul comercial adnotat cu jurisprudența, doctrina română și străină*, vol. I, ed. a II-a, Ed. Tiparul românesc, București, 1925
6. Gabriel Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. All Beck, București, 2002
7. George Papu, *Despre excluderea imobilelor din domeniul dreptului comercial*, în *Revista de drept comercial*, nr. 7-8/1998
8. Ion Deleanu, *Fondul de comerț – considerații generale*, în *Revista Dreptul*, nr. 4/2001
9. Ion Luca Georgescu, *Drept comercial român*, vol. I, Ed. Socec & cd. București, 1974
10. Ion Turcu, *Teoria și practica dreptului comercial român*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, vol. I
11. *Jurisprudență* în *Revista de drept comercial*, nr. 12/1998, p. 122-123
12. Legiuirea Caragea, Ediție critică, Ed. Academiei Republicii Populare Române, 1955, p. 211.
13. Ovidiu Căpățână, *Evoluția dreptului comercial*, în *Revista Dreptul*, nr. 9-12/1990
14. Paul I. Demetrescu, I.L. Georgescu, *Codul comercial Carol al II-lea*, Ed. Cartea românească, București, 1974
15. *Revista Juridica* nr. 7/2000
16. Stanciu D. Cărpenu, *Drept comercial român*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 1998
17. Stelian Ionescu, Laurențiu Preușescu, *Codul comercial adnotat cu jurisprudența română la zi*, Monitorul Oficial, Imprimeria Națională, București
18. V.Gr. Iamandi, *Lecțiuni asupra dreptului comercial – actele de comerț*, fascicula I, Tip. I.C. Aberman, Iași, 1939, pag. 66
19. Valentin M. Ionescu, *Aspecte generale privind leasing-ul – cadrul de reglementare, aplicații*, în *Revista de drept comercial*, nr. 9/1996

*

* *

Ita comparatam esse hominum naturam omnium,/
*Alienam ut melius videant et diiudicent/ Quam sua?*¹

¹ „Să fie oare firea tuturor oamenilor astfel alcătuită/ Incât să observe și să judece mai bine (interesele) altora/ decât pe ale lor?” (Publius Afer Terentius, *Heautontimorumenos*, 503-505), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 133.

NATURA SOCIALĂ ȘI CANONICĂ A CAUZEI CONTRACTULUI („EGIDA MINERVEI” VERSUS VOLUNTAS)

Andra Mihăilă
Natalia Ștefăniță

Ne-am propus să facem o incursiune în materia obligațiilor și ne-am oprit un răgaz asupra cauzei.

Știm deja că răspunsul la întrebarea: „Pentru ce s-a încheiat actul juridic civil?” este dat de elementul cauză. Însă, depășind granița structurii clasice, ajungem în pragul unei alte întrebări, născută din dorința de a elucida o controversă seculară. Așadar, scopul în care încheiem un act juridic se adăpostește sub „egida Minervei” sau este rodul „voluntas”?

Prin intermediul celor șapte trepte exegetice ale școlii dreptului organic vom încerca să analizăm reglementările C. civ. care se referă la această problemă. Mai exact art. 966 și următoarele.

(PRE)TEXTUL

„Nimic nu se produce în lumea aceasta fără o cauză” (Iov, Cartea a V-a, 6).

PRIMUM DIVIDAM

În primul rând vom analiza textul juridic prin prezentarea integrală a acestuia – *lectura* - și prin rezumatul textului citat – *summa*.

Lectura: Art. 966: „Obligația fără cauză sau fondată pe o cauză falsă, sau nelicită, nu poate avea nici un efect”.

Art. 967: „Convenția este valabilă, cu toate că cauza nu este expresă. Cauza este prezumată prin dovada contrarie”.

Art. 968: „Cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrarie bunelor moravuri și ordinii publice”.

Summa: Primul articol, 966, evidențiază trei condiții pe care trebuie să le îndeplinească cauza: să existe, să fie reală și licită. În literatura de specialitate se

consideră însă că noțiunea de absență a cauzei nu trebuie concepută independent de cauza falsă și că, în realitate cauza trebuie să îndeplinească două condiții: să fie reală și licită.

Potrivit art. următor, 967, chiar dacă înscrisul ce constată existența convenției nu conține cauza obligațiilor ce decurg din convenție, contractul este valabil deoarece cauza este presupusă până la proba contrară. Sarcina dovedirii ilicitității sau imoralității cauzei incumbă părții care se prevalează de ea.

Înțelesul noțiunii de cauză licită este arătată de art. 968 din C. civ. Este licită cauza care nu este prohibită de lege sau contrară bunelor moravuri și ordinii publice. Numai dacă scopul urmărit prin încheierea contractului este licit, se asigură conformitatea actului juridic cu legea și cu regulile de conviețuire socială. Este de principiu că actul are o cauză ilicită dacă scopul urmărit de părți contravine dispozițiilor legale imperative, ordinii publice sau regulilor de conviețuire socială.

SECUNDUM PONAM CASUM

Cea de-a doua treaptă a metodei propusă de școala dreptului organic ne ghidează spre începerea hermeneuticii propriu-zise printr-o cazuistică reală sau eideitica, imaginară. În egală măsură vom identifica legătura imediată între abstracțiunea textului și realitatea conflictuală juridică.

Cazul I

Un preot cumpărase un teren de la un antreprenor; preotul se învoise cu același antreprenor să construiască o școală de agricultură pe terenul cumpărat. Însă preotul a fost avizat de persoane competente că este imposibil de a construi o școală pe locul cumpărat din cauza micimii lui. Curtea din Orleans, considerând că intenția comună a părților contractante era construcția unei școli, că vânzarea terenului nu era făcută decât cu acest scop, că deci condiția determinantă a vânzării a fost făcută numai în scopul de a se clădi o școală, a decis că este eroare asupra substanței lucrului. Cauza obligației este falsă, deoarece preotul s-a angajat în vederea unei cauze imaginare pe care el o credea reală. Această eroare asupra scopului reprezintă cauza falsă¹.

Cazul II

Convențiile relativ la casele de toleranță. Contractele încheiate având un scop bine definit contra bunelor moravuri sunt radical nule. Astfel, concesionările de case de toleranță sunt considerate de jurisprudență ca nule, pentru că ele au fost făcute în vederea menținerii și exploatării toleranței. Cumpărătorul se obligă să umple rolul său în convenție în scopul de a dobândi casa de toleranță: acesta este scopul imediat al voinței sale de a se obliga. Acest scop nu este decât mijlocul a cărui realizare este necesară pentru a atinge scopul voinței de a face contractul pentru exploatarea sau

¹ Traian Ionașcu, *Cauza ca obiect al voinței juridice, Tratat de drept civil, Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1967, p. 203.

menținerea casei de toleranță.

Curtea din Paris, având a judeca asupra unei vânzări de licență de toleranță a mobilierului și imobilului –totul formând un veritabil fond de comerț- anulează vânzarea ca având o cauză ilicită, numai în ce privește mobilierul și licența de toleranță, nu și imobilul.

Dacă Curtea a menținut vânzarea imobilului este pentru că întrebuintarea camerelor vândute nu este, deși cedate prin același act indisolubil legată de destinația licenței vândute, și pentru că nu s-a avut în vedere exploatarea licenței de toleranță în numitul imobil. Scopul voinței de a contracta nu este imoral decât în ceea ce privește vânzarea licenței și a mobilierului. Pentru imobil nu s-a considerat aceeași destinație. Dacă din contract imobilul ar fi fost considerat ca un element destinat aceleiași exploatare, jurisprudența anula vinderea lui, bazată pe faptul imoralității scopului.

Cazul III

Fostul Tribunal Suprem (1983) a reținut că are scop potrivit regulilor de conviețuire socială și este nulă liberalitatea prin care se urmărește începerea, continuarea sau reluarea unei relații de concubinaj. De asemenea, s-a considerat că are caracter imoral, cu consecința nulității lui, și contractul de întreținere încheiat în scopul menținerii stării de concubinaj.

Cazul IV

Un alt exemplu, V. vinde lui R. o vacă pe care R. o cumpără pentru a o împerechea cu alta spre a munci cu ea câmpul. Vaca însă nu putea fi împerecheată, și deci Curtea, pe motiv că nu se putuse ajunge la această calitate considerată ca esențială, a anulat contractul.

TERTIUM, HISTORIA REGULAE EXPLORABO

Pasul al III-lea îl parcurgem cercetând prima axă a investigației comparatiste, cea verticală, pe scara istorică a devenirii regulii de drept.

Revenim la pretextul lucrării noastre („Nimic nu se produce în lumea aceasta fără o cauză”) și constatăm că Sfânta Scriptură ne atrage pentru prima dată atenția asupra cauzei. Evident, sensul biblic a fost intens șlefuit de timp și de cercetătorii vremii, astfel că în accepțiunea uzuală cotidiană găsim doar sâmburele adevărului sfânt. Așadar, cauza, așa cum se regăsește ea la originea dreptului (mai precis în dreptul canonic) comportă doar o latură volitională, despre care vom discuta mai pe larg în cea de-a șasea treaptă exegetică. Trebuie să menționăm că dreptul canonic, prin prisma ideilor sale egalitariste și ierarhizante a servit drept impuls în orientarea tezei cauzaliste. De asemenea, temeiuri morale au stat la schițarea teoriei conexității obligațiilor părților în contractele sinalagmatice. Postglosatorii continuă opera glosatorilor și impun un principiu valabil și astăzi în contractele sinalagmatice: principiul conexității obligațiilor reciproce. Mergem mai departe și descoperim un principiu complementar, care stă și el sub semnătura postglosatorilor, și anume:

echivalența prestațiilor părților contractante (nu putem să nu remarcăm faptul că la baza acestui principiu se remarcă aceleași imperative morale ale echității din cadrul raporturilor private). Iată cum profesorii canonici și fideli scolastici medievale, susținători fervenți ai justiției comutative, au influențat dreptul secular, imprimându-i un caracter moral, în jurul unor termeni și concepte noi, precum: echivalența prestațiilor părților, contraprestația, contrapartida și cauza-motiv (inspirată din solilocviile testamentare, spațiu de manifestare al libertății neîngrădite de a testa).

Doctrina foarte veche nu este prea generoasă cu privire la evoluția, respectiv devenirea și acceptarea termenului *causa*. Însă firul temporal impune un nou popas asupra dreptului contractual de la epoca veche romană. Romanii din această perioadă prezentau un interes doar în condițiile în care magistratul judiciar (pretorul) sau judex-ul se confruntau cu contracte de bună-credință (*bonae-fidei*). Tot ceea ce depășea această sferă era considerat lipsit de interes din punctul de vedere al noțiunii pe care o analizăm astăzi. În momentul în care echitatea a câștigat o poziție de vârf în cadrul raporturilor juridice contractuale, s-a declanșat un adevărat curent al preocupărilor comune pentru oamenii legii din Roma. Însă, din nou, în ciuda tuturor eforturilor, cauza nu a fost impusă ca element esențial al contractului. Totuși, primul pas important era deja făcut.

Romaniștii români (iertată ne fie aliterația inevitabilă), raportându-se la reglementările romane din epoca clasică, au identificat trei accepțiuni ale noțiunii de „cauză”:

- cauza eficientă sau cauza formală (identificată într-un eveniment ce are menirea de a declanșa un alt eveniment)¹;
- cauza finală (este cauza identificată în scopul intrinsec pe care orice formulă juridică, implicit contractul, îl susține, sens în care exemplul ales este acela al contractului de vânzare-cumpărare, *emptio-venditio*);
- cauza impulsivă (este cauza văzută în scopul extrinsec raportului contractual și care adăpostește simplul motiv sau interes personal, simplul obiectiv ce l-a determinat pe un individ să contracteze).

În dreptul roman clasic, noțiunea de cauză a contractului nu a fost sub aspect doctrinar, dezvoltată până într-acolo încât să dobândească rang de teorie generală. Noțiunea de cauză, sub accepțiunea sa de cauză finală, s-a impus dificil. Jurisprudența epocii clasice târzii a imaginat un mecanism ingenios prin care să apropie, să unească mai mult prestațiile părților; este vorba de pactul comisoriu.

La aceeași epocă clasică romană au apărut concepțiile dualiste asupra: pe de o parte, cauzei-motiv, iar pe de altă parte, cauzei-contrapartidă. Această din urmă concepție dualistă a trebuit să fie dezvoltată datorită distanței tot mai mari pe care și-o luau contractele sinalagmatice de contractele unilaterale. Jurisprudenții romani, fără a dezvolta o veritabilă teorie, au sesizat diferențele notabile dintre cauza eficientă, imediată, pe de o parte, și motiv sau cauza impulsivă, pe de altă parte.

¹ Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. al III-lea, Ed. Polirom, Iași, 2000, p. 765.

Astfel, cauza este imediată, impersonală, directă, și răspunde rațiunii, iar motivul este îndepărtat, personal, și răspunde simplei voințe sau dorințe. Aceste distincții între accepțiunile noțiunii de cauză s-au conturat de-a lungul unei îndelungate evoluții a dreptului roman, evoluție care a cristalizat și caracterul practic și universal valabil al cauzei contractului. Iată de ce și dreptul civil modern a prevăzut cauza în mod expres ca element esențial al contractului.

Înainte de a descoperi următoarea etapă temporală, considerăm necesar să sintetizăm faptul că dreptul roman clasic și postclasic nu au oferit o definiție riguroasă a noțiunii studiate; ba mai mult au reușit să contribuie la crearea unui aer de ambiguitate și de interpretări juridice foarte variate. Iată că de aceea între sensul roman și cel modern s-a creat o distanțiere.

În doctrina juridică occidentală din secolul XX s-a elaborat o teorie științifică asupra cauzei, care a ajutat jurisprudența la invalidarea contractelor lipsite de cauză sau având o cauză falsă¹.

Conform acestei teorii, cauza ca element esențial al contractului cuprinde două scopuri, și anume: scopul imediat al consimțământului, care constă în considerarea contraprestației în contractele sinalagmatice, reținerea lucrului în contractele reale și intenția de liberalitate în contractele cu titlu gratuit, scop intrinsec contractului, abstract, obiectiv și invariabil în aceeași categorie de contracte (cauza eficientă); și scopul mediat al consimțământului, care constă în motivul contractării, extrinsec contractului, scop concret, subiectiv și variabil de la un contract la altul (cauza finală).

Aceste înțelesuri ale noțiunii de cauză au condus la două teorii, și anume: teoria clasică asupra cauzei, care cuprinde numai cauza eficientă, și teoria modernă, care cuprinde ambele înțelesuri ale cauzei.

QUARTUM COMPARABO

În al patrulea rând, pe axa orizontală a operei de comparare vom cuprinde în cazul analizei prospectiv-exploratorii referințe la texte similare sau cu obiect asemănător din alte coduri civile și eventuale norme cu caracter civil asemănător din cadrul altor familii de drept.

Deși unele coduri desprinse din codul francez consacră aceeași teorie a cauzei: codul olandez, codul italian, codul spaniol, codul tunisian și marocan, și chiar codul elvețian, alte legislații trec sub tăcere această cauză. Este vorba în primul rând de dreptul englez cu teoria sa asupra considerației, înrudită cu cea a cauzei. Mai sunt în continuare și codurile: austriac, portughez, german care se mulțumesc doar să consacre un oarecare număr de contracte ca fiind contrare legii și bunelor moravuri. Codul german a înțeles chiar să detașeze promisiunea de cauza sa și să consacre

¹ Maria Gaiță, *Drept civil. Obligații*, Ed. Institutul European, 1999, p. 50-53.

validitatea acesteia¹.

Dreptul englez

Teoria cauzală implică distincția dintre „deed” și alte contracte. În „deed” (act solemn abstract), se prezumă că există o considerație conformă cu legea. Dimpotrivă, contractul ordinar impune o considerație valabilă. Această considerație nu ar fi valabilă, dacă ar purta asupra unui lucru imposibil, sau ar consta într-un simplu sentiment de onoare, recunoștință. Ea poate consta într-un avantaj prezent („executede”) sau care trebuie executat („executory”), spre exemplu în deschiderea unui credit. Considerația nu implică o egalitate de prestații. Deci, prea puțin interesează că o parte este lezată.

În scrisorile de schimb, cauza trebuie de asemenea să fie valabilă, dar ea se prezumă. Ceea ce a fost plătit pentru un contract ilicit poate fi repetat, dar numai atât timp cât scopul ilicit nu a fost încă atins, nici măcar în parte. Dacă a fost atins, repetarea prestației este refuzată.

Dreptul austriac

Codul austriac a dat câteva soluții generale asupra cauzei și obiectului. Art. 878 spune că lucrurile comerciale sunt singure obiectul unui contract. Astfel sunt excluse lucrurile imposibile sau ilicite. Dar doctrina a extins acest text și asupra lucrurilor imorale, faptele contrare bunelor moravuri.

Dreptul portughez

Codul portughez este foarte succint asupra obiectului și cauzei. Astfel el declară nul contractul care are drept obiect un lucru imposibil fizic sau legal.

Dreptul italian

Art. 1116 până la 1122 din C. civ. reproduc soluțiile dreptului francez asupra obiectului și cauzei. Astfel cauza este ilicită, dacă este contrară bunelor moravuri, legii și ordinii publice (art. 1122). Dacă a avut loc o plată pentru o cauză ilicită sau imorală, Giorgi, prin exemplul autorilor francezi, admite regula: „nemo auditur turpitudinem suam allegans” și o aplică dacă există imoralitate în privința ambelor părți. Dimpotrivă, el acceptă repetarea prestației, dacă turpitudinea se află doar de partea *accipiens*-ului.

Dacă primim pentru o cauză lipsă sau fără cauză, suntem asimilați posesorului de bună-credință; dacă cauza este ilicită sau imorală, vom fi asimilați posesorului de rea-credință. De fapt, art. 1119, care declară că obligația fără cauză, bazată pe cauză falsă sau pe cauză ilicită nu poate avea niciun efect este atenuată în practică.

În ceea ce privește proba cauzei, codul italian reia soluțiile tradiționale. Contractul este valabil, chiar dacă cauza nu este exprimată (art. 1120). Cauza se

¹ R. Demogue, *Des obligations en général*, vol. II, Paris 1923, p. 525-545.

prezumă până la proba contrară (art. 1121).

Dreptul spaniol

Din nou ne întâlnim cu o reproducere a codului francez.

Cauza este definită în art. 1274 după teoria clasică. În contractele cu titlu oneros ea este prestația sau promisiunea unui lucru sau unui serviciu făcut de cealaltă parte; în contractele remuneratorii este vorba despre serviciul sau binele făcut pentru recompensă; în contractele de bienfacere, simpla liberalitate a binefăcătorului.

Ca și în dreptul francez, cauza neexprimată este prezumată licită (art. 1277). Pe de altă parte, mențiunea unei cauze false antrenează nulitatea, dacă nu se dovedește existența unei cauze adevărate și licite (art. 1276).

Cauza poate fi un fapt trecut, prezent sau viitor.

Originalitatea codului spaniol constă în prevederea repetării lucrurilor donate pentru cauză ilicită (art. 1305 și 1306).

Potrivit art. 1306, dacă nu există crimă, nici delict, dacă vina este comună, nu există repetare. Dacă vina este de partea unuia singur, cel în cauză nu poate pretinde ce a plătit, nici să pretindă ceea ce i s-a promis. Celălalt, dimpotrivă, poate cere ceea ce a dat, fără să fie ținut pentru promisiunea sa.

Art. 1301 declară că nulitatea pentru cauză falsă nu durează decât 4 ani după execuția contractului. Astfel, ea se apropie de nulitățile relative pentru vicii de consimțământ. Dar aceasta nu vizează cauzele inexistente sau ilicite.

Dreptul german

Ceea ce frappează în teoria cauzei este liniștea codului german asupra acestui aspect. Cauza este considerată ca și inutilă; iar de aici rezultă consecințe importante.

Judecătorul nu trebuie să aprecieze decât declarația care a fost făcută (deci expresă), pentru a aprecia validitatea sa. Prea puțin interesează dacă a fost o eroare. În acest caz va fi o simplă îmbogățire fără justă cauză. Dacă, dimpotrivă, conținutul declarației lasă să se vadă o eroare comisă, se va anula în virtutea art. 119. Dar, dacă promisiunea este contrară bunelor moravuri, judecătorul are o putere mult mai largă.

Când un contract este nul ca având un scop contrar legii sau bunelor moravuri, art. 817 admite în principiu restituirea prestațiilor. Dar codul și respinge această soluție, când contravenția cade într-o manieră identică asupra ambelor părți, mai puțin atunci când prestația nu constă în contractarea unui angajament. Totuși, această soluție trebuie privită ca o excepție.

Codul german, lăsând la o parte teoria cauzei, admite chiar și promisiunea abstractă, adică cea conform căreia debitorul se angajează fără a indica pentru ce o face, detașând obligația de circumstanțele în care s-a format.

Dreptul elvețian

Codul revizuit al obligațiilor s-a canalizat pe obiect și pe cauză, consacrand

principiile tradiționale. Însă, despre cauză în sensul propriu, codul obligațiilor nu reglementează decât problema probei. Art. 17 spune că: „recunoașterea unei datorii este valabilă, chiar dacă ea nu a fost enunțată drept cauză a obligației”. Dar aceasta nu este decât o prezumție a validității cauzei. Debitorul se poate elibera, probând absența cauzei. Totuși, unii autori văd în recunoaștință mai mult decât un mijloc de probă: aceasta este echivalentul rațiunii.

Dreptul tunisian și marocan

Art. 67-70 din codul tunisian (respectiv articolele 62-65 din codul marocan) consacră principiile tradiționale asupra cauzei. Obligația fără cauză sau fondată pe o cauză ilicită nu este valabilă. Cauza neexprimată este prezumată. Cauza exprimată este prezumată adevărată până la proba contrară. Dacă este demonstrată ca fiind falsă sau ilicită, cel care susține ca există o altă cauză licită trebuie să o demonstreze.

QUINTUM COLLIGAM

În al cincilea rând vom încerca să realizăm o exegeză a textului supusă discuției prin analiza gramaticală a textului, prin contextualizare din perspectivă pluridisciplinară și prin descoperirea sensurilor normei.

Littera: Substantivul comun de gen feminin, „causa” vine de la latinescul „causa” avînd același sens - de cauză, iar în contextul în care îl analizăm aceasta noțiune comportă mai multe sensuri nu numai cel de parte a structurii obligatorii a raportului contractual.

Într-o primă accepțiune, cauza se confundă cu un sens formal - *causa civilis* pentru că esența contractului era identificată prin formalitățile preconizate pentru încheierea lui. Majoritatea juriștilor, atunci când prezintă o situație litigioasă se referă la ea cu termenul *causa*: „am rezolvat o cauză”, „pe rolul instanței sunt cauze” etc.¹

Sensul curent al noțiunii este acela de esență juridică a unui raport contractual, de natură a-l face decelabil în raport cu infinitatea raporturilor particulare, dar fără a pierde fundamentul său tipologic, ideal sau abstract.

Cauza mai este și volițiunea internă, căci limita se produce în interior și este una mai depărtată de consimțământ care marchează întinderea cea mai mare a voinței juridice.

Analizăm cauza în drept, deci ea nu poate avea sensul decât de cauză finală, de scop. Cauza indică în același timp și scopul pentru care acel act a fost consimțit.

Noțiunea de cauză are și un rol tehnic și un rol științific.

În acest studiu ceea ce ne interesează este cauza privită cu toate elementele sale pentru a înțelege dacă ar trebui sau nu să acordăm libertate părților sau dimpotrivă ele ar trebui să se limiteze la rațiune - la ceea ce veghează și Minerva.

¹ Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 768.

Istoricul acestei noțiuni, care începe în dreptul roman, ne duce cu gândul la toate instituțiile prin care romanii au pătruns în domeniul contractelor pentru a face ca această noțiune să fie ineficace de câte ori scopul nu era corespunzător cu realitatea sau când cauza ar fi fost eronată.

Contextualizare

Sensul social

Demogue menționa că teoria cauzei nu este altceva decât puterea socială, este *Su p r a v e g h e r e a* societății asupra utilității, asupra moralității acestor acte¹.

Cauza nu este altceva decât o necesitate compensatorie între patrimonii, prin care obligația este stabilită în mod absolut obiectiv și cantitativ. Scopul compensației între patrimonii este motivul determinant al încheierii contractului – aprecierea – de consistență subiectivă pe care o fac părțile, este un mobil care influențează în mod indirect obligația.

Caracterul obiectiv al echivalenței prestațiilor nu este justificat pentru a fi factorul capital al încheierii contractului pentru că echivalența se face după aprecierea psihologică a trebuințelor.

Sensul psihologic

Fenomenul cauzei și implicit al voinței a constituit subiect de controversă pentru psihologi, care au constatat că voința se poate desparti în decizie și deliberare.

Cauza și motivul sunt mobilele, iar scopul prin forța ce o conține în ea, a impus decizia. Legiuitorul a înțeles să introducă două concepte în construcția tehnică a voinței juridice, acordându-le și o coordonare ierarhică.

Spunem că un proces voluntar e format din mai multe volițiuni care se succed unele pe altele, într-o înlanțuire de fenomene psihologice. Seria multiplă de volițiuni se leagă într-un raport de la mijloc la scop. Evident, că în momentul când pentru jurist se pune problema constituirii voinței el va fi silit să reducă mult din întinderea voinței psihologice.

E necesar ca voința juridică să nu fie nici complexă, nici de nepătruns. Obligația va avea o întindere mai mare sau mai mică, după cum voința a fost mai întinsă sau mai puțin întinsă. E indispensabil ca voința să fie ceva simplu, ordonat și clar.

Sforțările tehnice juridice vor purta asupra nepătrunderii căutând să limiteze și să clarifice voința juridică. Prin ce procedeu se va obține o voință simplă și clară? Prin procedeul reducțiunii prin eliminare. Se vor reduce prin profunzimea voinței psihologice volițiunile care există între primele volițiuni prin care s-a manifestat voința în exterior până nevoia inițială a dat naștere mișcării voluntare. Volițiunile în două extreme vor fi eliminate cât mai mult ca voința juridică să aibă o profunzime

¹ Alexandru Em. Lăzărescu, *Tendențe sociale în dreptul privat*, Ed. Curierul judiciar, București, 1926, p. 33.

limitată și ușor de cunoscut. Voința juridică trebuia să aibă o profunzime ordonată și ușor de cunoscut, iar pe de altă parte manifestarea voinței în exterior era necesară pentru „încheierea unui contract” între aceste necesități, care corespund consimțământului și manifestării voinței în exterior, dar și decizia luată¹. Ca această decizie să se producă, a fost natural nevoie de o forță care să pună capăt deliberării, care determina agentul să aleagă tendința favorizării reprezentării pe care a avut-o. Voința juridică trebuie să prezinte o profunzime limitată și clară pentru că numai prin examinarea voinței aflăm sensul manifestării voinței în existența consimțământului. Cine limitează profunzimea voinței juridice față de voința psihologică? C A U Z A. Cauza este cea care pune o limită în profunzimea voinței psihologice, ea este elementul necesar construirii voinței juridice. Spațiul voinței juridice e cuprins între consimțământ și cauză.

Sensul psihologico-juridic

Autorii au definit „cauza” ca fiind scopul direct și imediat care determină consimțământul impunând decizia sau altfel spus ea este mobilul determinant sau „juridicește satisfăcător”.

Dând aceste definiții, ei s-au supus necesității științifice de a căuta sensul noțiunii de cauză în psihologia contradictorialităților, numai în ultima sa fază – decizia – și aceasta pentru a urma indicațiile date de C. civ. Ei vorbesc despre cauza falsă și ilicită, ori falsitatea și ilicitatea cauzei sunt caractere ce nu pot fi cunoscute decât printr-o exploatare în interior. Forța determinantă ce duce la decizie nu este decât o parte a voinței și corespunde cu consimțământul.

Când e vorba să se determine conținutul juridic al noțiunii de cauză, autorii clasici găsesc cauza unei obligații în obligație corelativă în materie de contracte sinalagmatice, iar în materie de contracte unilaterale, cauza obligației de a înapoia este realizată prin prestarea lui „res”.

Pe de o parte, cauza este o reprezentare psihologică a obligației sau a prestației lui *res* și pe de alta parte forța determinantă în această reprezentare, forță ce impune decizia în fenomenul voinței.

Cauza este un mobil determinant care se poate manifesta sub forma unei reprezentări psihologice a scopului direct și imediat.

Ar trebui totuși să se țină cont și de celelalte date psihologice.

Sensul filosofic

Cauza mai reprezintă și altceva, nu numai limita voinței juridice. Legea cauzalității din lumea fizică se transformă în legea finalității atunci când analizăm cauza în context filosofic.

Filosoful Kant prin lucrarea sa „Metafizica Dreptului” (1796) vede omul ca scop în sine. Puterea și rolul voinței independente nu o putea găsi decât prin propria ei impunere. Lucrarea lui Kant e un studiu al voinței pentru voință.

¹ Traian Ionașcu, *op. cit.*, p. 196.

Voința, ca element al filosofiei, este guvernată cu totul de alte reguli decât voința ca forță reală și aplicată în drept și în societate. Această chestiune a fost serios controversată de școala istorică germană în frunte cu Savigny care considera în primul rând spiritul de realitate care trăiește independent de orice teorie a voinței.

Dacă teoria voinței absolute nu are pentru om acea prerogativă de a putea subjugă pe alții în chip unilateral, întreaga apologie a voinței rămâne de domeniul pur al filosofiei.

Kant a afirmat că fiecare trebuie să acționeze în exterior în așa fel, ca folosința libertății sale să se poată acorda cu aceea a celorlalți conform unei legi generale de libertate.

Este evocată tipologia quidripartită atribuită de către Aristotel acestei noțiunii în tratatul sau intitulat „Metafizica”. El vedea cauza drept:

- substanță formală sau *quiditate* – cauza ce identifică un lucru;
- materie sau substrat;
- principiul de la care pleacă schimbarea;
- binele sau cauza finală.

Atunci când judecăm din punctul de vedere moral propriile noastre accepțiuni, ne judecăm pe noi înșine și aceasta înseamnă că subiectul nostru logic cunoscător ia drept obiect de cunoștință activitatea noastră empirică întrucât e liberă și astfel considerată ca un produs al subiectului nostru logic cunoscător: ne cunoaștem astfel pe noi înșine ca subiect logic. Nu putem exista doar din acte externe, materiale, ci trebuie să ne punem în ordine sistematică acțiunile exteriorizate în care este implicat în mod necesar și intenția internă¹.

Cauza este „principiul primar al schimbării sau al repausului”: autorul unei decizii este cauza acțiunii, cauza face să se schimbe toate.

Aristotel a arătat în ce mod cauza eficientă a lucrurilor a putut fi recunoscută în filosofia greacă urmând înțelegerii mai întâi a cauzei materiale, de exemplu în cazul contractului de vânzare-cumpărare, cauza s-ar putea regăsi în voința părților contractului de a schimba statutul juridic al unui lucru sau altul.

Tot în sens aristotelic, cauza materială are înțelesul unei conjuncturi, a unei sume de condiții și raporturi ce determină apariția și existența unui lucru particular, ceea ce îndepărtează tentația de a o identifica în materia propriu-zisă a lucrului.

Cauza materială se diferențiază astfel de cea formală, regăsindu-se în substratul lucrurilor.

Sensul teleologic

Acest sens ne determină să înțelegem de ce finalitatea unui lucru este particulară, nefiind avută în vedere de alte lucruri întrucât celelalte lucruri au propria lor natură de a fi, de exemplu în cazul contractului de vânzare-cumpărare cu privire la un imobil, cauza finală se poate regăsi în scopul ultim urmărit de către părțile contractului atunci când încheie respectivul act juridic aceeași diversitate de

¹ Mircea Djuvara, *Dreptul și morală*, Ed. Libertatea, București, p. 14.

scopuri se poate întâlni și aici: argumentarea vieții personale, realizarea unei liberalități, efectuarea unui plasament financiar etc.

Sensul politic

Având în vedere importanța cauzei legiuitorul trebuie să ia toate măsurile sub forma unor dispoziții legale exprese în ceea ce privește legalitatea, moralitatea pentru a asigura astfel o coeziune între realitate și lege.

Realitățile economice sunt cele care au determinat statele membre ale Uniunii Europene să sancționeze prin normele de drept intern imoralitatea și ilegalitatea unui contract.

Ținând cont de proxima integrare a României se impune a reglementa la aceasta ora cât mai clar și precis factorul *causa* pentru că presupune un subiectivism strâns legat de determinismul istoric și cultural al unui stat.

Tot în acest context, pentru a garanta eficiența contractelor naționale și internaționale, un posibil viitor cadru comunitar impune aproape imperativ libertatea de a contracta prin introducerea în partea a III-a a Principiilor Dreptului European al Contractelor, a unui capitol dedicat nelegalității intitulat în varianta originală *illegality*, capitolul care prevede că un contract va fi lipsit de efecte în măsura în care este contrar principiilor recunoscute ca fundamentale în drepturile naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene¹.

Efectele încălcării unei reguli imperative sunt reglementate de legea incidentă contractului, deci efectele sunt prescrise de chiar norma imperativă.

Sensul obscur

„Când va ieși o vorbă din gura voastră să o țineți și să o faceți precum ați făgăduit: aceasta fiind propria voastră voință exprimată prin gura voastră”- așa aveau să spună Sfintele Scripturi. C. civ. a preluat acest „indiciu” și l-a transformat într-un element al contractului sau, mai bine zis, cauza este scopul în vederea realizării căruia s-a încheiat contractul, scop care dacă nu ar exista, contractul nu ar putea lua ființă și părțile nu s-ar obliga.

Contractul nu are o cauză unică, fiecare voință în parte având cauza sa.

Se ridică astfel problema sensului obscur. Ne întrebăm de ce cauza trebuie să fie licită, morală și să existe dacă putem încheia un contract și să avem grijă ca obiectul să fie moral și licit și să nu ne preocupăm de cauză.

Promisiunea de a da bani ca să omori pe cineva este nulă, obiectul ei fiind criminal (ilicit). A da bani pentru a omori este tot atât de criminal ca și cum însuși ai omori.

Cum poate fi o suma de bani un obiect ilicit, când banii sunt un obiect perfect licit? Cum se poate explica nulitatea unei obligații a cărei obiect e perfect licit, dacă nu prin noțiunea de *cauză*?

Datorită acesteia, jurisprudența a putut, analizând voința sau intenția

¹ Codrin Macovei, *Unificarea dreptului contractelor*, Ed. Junimea, Iași, 2005, p. 126.

părților sau a părții, să pronunțe nulitatea traficului de influență și a curajului matrimonial.

În întregul studiu făcut s-au stabilit cadrele tehnicii juridice înăuntrul cărora se plasează profunzimea voinței juridice.

Trebuia pus un termen la analizele psihologice și în vederea acestui rol tehnic a intervenit noțiunea de cauză. Voința se degajă până la scopul volițiunii de a umple un oarecare rol în convenție, acesta este scopul abstract și obiectiv pe care noțiunea de cauză îl conține.

Tot ce depășește aceasta face parte din domeniul simplelor motive indiferent de ordinea juridică.

În sistemul jurisprudențial, scopul voinței de a face contractul încetează de a mai fi un simplu motiv pentru a se integra în conceptul de cauză.

Voința completează rolul convenției, dar s-ar putea ajunge și la situația în care scopul voinței face contractul însăși.

Pe când o parte are un scop imediat în raport cu voința, pentru a se obliga, cealaltă are un scop mediat și din acest motiv se crede că această teorie are o dualitate de cauză¹.

Tocmai pentru că unii autori au admis sciziunea dintre cauză și obligație în cazul obligațiilor unilaterale, deducem că o cauza rezidă în raporturi preexistente între promițător și o terță persoană.

Dacă debitorul s-a angajat prin obligația sa unilaterală fără existența unei cauze preexistente sau dacă această cauza a fost ilicită, obligația unilaterală subzistă, cu condiția ca terțul beneficiar să fi fost de bună credință în privința condițiilor aparente în care obligația a luat naștere.

De fapt, realitățile economice au dus la crearea unui raport invers proporțional cu valorile moralei, astfel încât primează binele individual și nu al întregii comunități.

Cauza trebuie privită așa cum este ea - pe de o parte în sens fix, abstract, obiectiv adică ca scop imediat al voinței și pe de altă parte, în sens concret, subiectiv ca scop mediat al voinței. Între ele există un raport de coordonare ierarhică, primul sens nu are decât mijlocul pentru a-l realiza pe celălalt.

SEXTUM OPPONAM ET QUAESTIO

În al șaselea rând vom cerceta posibilele obiecțiuni la raționamentul implicat de text și vom încerca să lămurim contradicțiile după metoda dialectică ce este consacrată de triada: teză, antiteză și sinteză.

Teza - *pro auctoritas*: Scopul încheierii unui act juridic are la bază un întreg proces decizional construit pe argumente pro și contra și dezbătute îndeaproape de

¹ Traian Ionașcu, *op. cit.*, p. 208.

rațiunea fiecărui individ în parte.

Antiteza - *contra auctoritas*: Voința este cea care conduce omul spre o decizie, părând a avea o libertate empirică, legată de situația faptică și dând glas naturii interne, care în fond stabilește cauza unui act juridic.

Sinteza - *dicta sive concordia discordantium sive conjunctio oppositorum*: Munca de cercetare ne-a călăuzit pașii spre o îmbinare a celor două teorii expuse. Iar Schopenhauer ne-a ajutat să definim metaforic această interrelaționare astfel: „un orb puternic (voința) cară în spate un schilod care are în vedere (rațiunea)”¹.

SEPTIMUM QUERAM, BROCARDUM ET DE LEGE FERENDA

În al șaptelea rând vom cerceta justificarea dreptului sancționat, prin expunerea argumentelor și excepțiilor, pentru a face în final observații cu privire la liniile generale și brocardurile principiului și eventuala propunere *de lege ferenda*.

Noile tipologii contractuale se pot dezvolta la infinit, fiind în grija ordinii de drept să le actualizeze ceea ce exprimă concepții legaliste, etatiste și totalitare, menținând însă aprins farul vigilenței colective deoarece cauza unui contract concret nu este individuală, particulară, ci abstractă și în acest sens universală².

Nu este vorba de a trata interese pur individuale, contingente, variabile, contradictorii și socialmente imponderabile. Avem nevoie de exigențe constante, normale, clasificabile pe tipuri, interese susceptibile de a fi reunite într-un tip general și în acest sens tipice. Pentru validitatea actului juridic cauza este o condiție esențială.

Viața socială din România, în linii generale, nu este încă atât de complexă încât să necesite introducerea actelor juridice abstracte. S-a crezut că este mai bine să se facă din cauză – concepută ca fapt pozitiv – condiție esențială a oricărei obligații. S-a micșorat mult sfera de extindere a obligațiilor pe calea voinței unilaterale. Numai sub formă abstractă aceasta obligație se poate cu adevărat dezvolta³.

Cerându-se în mod imperativ să se arate care este cauza, se va recurge de cele mai multe ori la forma contractuală. Nu dorim o reformă limitată, ci pledăm pentru o reglementare care să le acorde părților posibilitatea să încheie un act juridic așa cum doresc ele, să primeze *voluntas*, iar Minerva să îi vegheze doar atunci când părțile nu vor fi de bună credință.

Nici sciziunea între cauză și obligație nu este o necesitate în cazul obligațiilor unilaterale pentru că raporturile există de mult timp între promițător și terța persoană. Nu trebuie să subminăm interesele părților.

¹ Ioan N. Roșca, *Filosofie, Sinteze și analize*, Ed. Eficient, București, 1997, p. 186.

² Valerius M. Ciucă, *op. cit.*, p. 785.

³ Octavian Ionescu, *Obligația pe cale de voință unilaterală*, Tipografia Concesionară Alexandru A. Țerek, Iași, 1937, p. 23.

Astăzi asistăm la o situație foarte interesantă: dreptul comun se specializează, iar dreptul special se generalizează și aceasta mai ales în contextul integrării, iată de ce România ar trebui să reacționeze sincron cu evoluțiile europene și tocmai de aceea implicațiile unui proiect de unificare prezintă o mare importanță dacă nu dorim să ajungem la situații în care un contract încheiat valabil în România să nu poată produce efecte în spațiul comunitar tocmai pentru că are o anumită cauză¹.

Există riscul insecurității juridice care nu poate să nu antreneze în mod inevitabil recurgerea la măsurile tradiționale care sunt reprezentate de regulile de drept internaționale și ale dreptului european. Lipsa de armonizare a contractelor combinată cu dezvoltarea neprevăzută a pieții s-ar putea ajunge la incoerență în aplicarea dreptului comunitar. Unificarea e determinată de practica părților contractului ce vor alege Principiile Dreptului European al Contractelor ca lege a contractului lor. Putem concepe astfel, o unificare tot pe orizontală, dar pornită de jos în sus prin libera exprimare a voințelor părților contractante.

În toată această expediție socială, economică, juridică omenirea aleargă dacă nu după schimbări de fond, dar cel puțin după forme noi². Nimic nu se pierde, totul se transformă. Dreptul, ca și oamenii trebuie continuu să reîntinerească. Dorim un echilibru contractual și includerea într-un cadru legal european a moralității și legalității contractului. Și, nu în ultimul rând, am dori să se acorde părților o mai mare libertate.

¹ Codrin Macovei, *op. cit.*, p. 7.

² Alexandru Em. Lăzărescu, *op. cit.*, p. 18.

Bibliografie

1. Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. III, Ed. Polirom, Iași, 2000
2. Mircea Djuvara, *Drept și morală*, Ed. Libertatea, București, 1935
3. R. Demogue, *Des obligations en général*, Paris, 1923, volumul I și al II-lea
4. M. Dupin, *Reguli de drept și morală scoase din Sfânta Scriptură*, Tipografia Buciumul român, Galați, 1916
5. Maria Gaiță, *Drept civil. Obligații*, Ed. Institutul European, 1999
6. Traian Ionașcu, *Cauza ca obiect al voinței juridice, Tratat de drept civil, Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1967
7. Octavian Ionescu, *Obligația pe cale de voință unilaterală și anteproiectul codului civil român*, Tipografia Concesionară Alexandru A. Țerek, Iași, 1937
8. Alex. Em. Lăzărescu, *Tendențele sociale în dreptul privat*, Ed. Curierul Judiciar, București, 1926
9. Ioan Albu, *Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1984
10. Codrin Macovei, *Unificarea dreptului contractelor. O perspectivă europeană*, Ed. Junimea, Iași, 2005
11. Radu I. Motica, Ernest Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Ed. Lumina Lex, București, 2005
12. Tudor R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968
13. Eugeniu Safta-Romano, *Drept civil. Obligații*, Ed. Neuron, Focșani, 1996

*

* *

PARTEA A II-A
STUDII ȘI ARTICOLE

*Judicis est semper in causis verum sequi*¹

¹ „Judecătorul este întotdeauna dator să caute adevărul în procese” (Cicero, *De officiis*, 2, 14), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 134.

BICENTENARUL CODULUI CIVIL NAPOLEONIAN¹

Valerius M. Ciucă²

Motto: *Inde datae leges ne firmior omnia posset*³

Se împlinesc, în 2004, două sute de ani de la adoptarea primului semnificativ cod civil în Europa, după acela al lui Justinian din anul 534 d.Cr.

Codul civil napoleonian (după numele celui ce l-a inspirat) din 1804 este monumentul legislativ care, în Europa continentală, a cunoscut cea mai longevivă aplicabilitate în timpurile moderne. Este, în egală măsură, darul imperial cel mai de preț (socotit a fi însăși rațiunea scrisă) pe care Franța l-a făcut întregii omeniri (pe care, astfel, se spune într-o lucrare a germanului Karl Salomo Zachariae, a „cucerit” - o pașnic), nu doar europenilor. Este, așijderea, pilastrul central al acestei ciudate construcții europene, fundamentul invizibil (de-atâta evidență) al unității europene, conectând, indiferent la aspectele de ordin social-politic, sub disimulantă heteronimie (Cod civil român, german, belgian, portughez, basarabean etc.) și sub metamorfoze circumstanțiale (ce țin de moravuri și tradiții juridice), catolicism, ortodoxism și protestantism, democrație liberală și foste rânduieli totalitare, legism și voluntarism, meridionalism și septentrionalism, occidentalism și orientalism. Nici o constituție, chiar supraetatică, în toată istoria universală a dreptului, nu a reușit această performanță. Nici o legiuire, în aceeași universală dezvoltare a dreptului, nu a fost aculturată în aceeași măsură. Precum Coranul la islamici, a devenit un *modus vivendi*. Precum Vedele la hinduși, a devenit un mod de gândire. Precum Federalist Papers la americani, a devenit un mod instituțional de acțiune. Nici o lege n-a determinat apariția unei școli exegetice care să i se dedice mai bine de un secol. Nici un act normativ nu a atras o atât de vulcanică pasiune încât comentatorii lui, cei din clasa aristocratică a spiritului, să o interpreteze în câte zece, douăzeci sau treizeci de tomuri, de parcă însăși viața ar fi trebuit să încapă între copertele hermeneuticilor lor. Nici o normativitate nu a infuzat spiritul privatist al atâtor continente, prinzând ca-ntr-un năvod universalist, Anzii și Kamceatka, Marile Lacuri și Muntele Fuji,

¹ Prezentul articol a făcut obiectul conferinței de deschidere a activității Cercului de hermeneutică juridică și a fost publicat în Revista de cultură „Timpul” an V, nr. 70/oct. 2004, Iași, p. 18 și postat pe site-ul Cercului de hermeneutică juridică „Școala dreptului organic” al Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan-Cuza” din Iași.

² Opiniile exprimate în acest text nu-l angajează decât pe autor, cu titlu personal.

³ „Legile au fost create pentru ca cel puternic să nu facă tot ce pofteste”, în Ovidius Publius Naso, *Fastis*.

Marea Nordului și Insulele Réunion și spulberând tradiții normativiste ale unor civilizații puternice, de seculară măreție, precum acestea: germană, niponă, otomană, chineză, italiană, hispanică, românească, cutumiar-africană etc.

Nu am avut, până de curând, intenția de-a scrie despre acest cod republican (adoptat în ziua de 30 ventôse a anului XII după Revoluție, ca o bisectoare între stinsa republică și născândul imperiu). Ba, am fost chiar siderat când, la o conferință internațională a romaniștilor, un coleg a propus organizarea unei sesiuni dedicate acestui bicentenar, eu știind cu câtă energie au respins romaniștii secolului al XIX-lea, în frunte cu cei germani, ideea de receptare a acestui cod în defavoarea Pandectelor romane. Criticile pe care, metodic, le-am adus acestei legi consubstanțiale cu însăși noțiunea de „Europă continentală” unită nomotetic, constituiau tot atâtea praguri psihologice în tentativa de-a reliefa și aspectele benefice ale ei. S-a întâmplat, însă, ceva. Deunăzi, am primit o scrisoare din partea lui Denis, fiul unui maestru spiritual și mare prieten, Jean Carbonnier, slujitor legendar al științei dreptului civil, corifeu al școlilor de gândire juridică ce-ar începe, după unii, cu Moise și s-ar încheia cu acest binecuvântat profesor sorbonez. Ei bine, mi-a fost împărtășită tristețea morții profesorului. A murit la masa de lucru, la vârsta de 95 de ani, scriind un articol pentru celebrarea bicentenarului Codului civil al lui Napoleon...

Pentru că sunt invadat de gânduri carbonnieriste, impregnat de cultul lui pentru înalta spiritualitate a dreptului, întorc spatele eternei querele romano-civiliste și închin câteva cuvinte codului rival al școlii pandectistice. O fac în memoria celui ce l-a slujit cu ardoare și l-a interpretat fără egal, savantul J. Carbonnier. De asemenea, mă gândesc la toți cei care au perceput acest cod ca fiind o veritabilă declarație de independență a națiunilor europene aspirând la libertate, ca pe o patentă a eliberării de servituțile feudale excesive; la cei care-l văd ca pe o proclamație a secularizării actului juridic civil, a despărțirii brocardurilor religioase de cele civile, laice; ori la aceia care-l consideră a fi o injoncțioasă afirmare a prevalenței libertății și egalității în rânduile societății civile în calitatea lor de precondiții pentru buna reglementare a contractelor, proprietății, modalităților de dobândire și a transmisiunilor succesoriale legale și testamentare (cu abandonarea principiului masculinității și al primogeniturii ori al vârstei, cu limitarea dreptului de-a testa și cu impunerea egalității partajului).

Codul civil francez, matrice universală modernă a legiurilor civile codificate, născute din conștiința clară că unitatea socială a unei națiuni este imposibil a fi asigurată fără limitarea inegalităților și a inferiorității (*privilegia odiosa sunt*), cunoaște una dintre cele mai lungi prosopopei. Tribulațiunile adoptării lui, între legile din 19 brumair, an VIII și 30 ventôse, an XII, par anodine. Querelele dintre Comisia însărcinată cu pregătirea codului și Corpul Legislativ, Tribunal, prin Oratorul său, Tribunalul de Casație, Tribunalul de Apel, Consiliul de Stat, sunt detalii oțioase din

perspectiva exegetului de astăzi. Geneza lui, însă, se găsește în idealul unificator al regelui Carol al VII-lea care, la mijlocul secolului al XV-lea, în urmărirea acestui ideal de unificare normativă a Franței, dispune, printr-o ordonanță, codificarea și redactarea cutumelor generale. Prinții, marele cler și marii baroni sunt de partea sa, dar visul lui se va împlini, trenant, pe parcursul unui secol și jumătate. Orléans, Paris, Bretania și Normandia impulsionează, prin această operă de codificare cutumiară, viitoarea mișcare a unității naționale. Cutumelor germanice le datorăm influențe importante asupra Codului civil napoleonian, mai cu seamă în complexa materie a drepturilor reale asupra bunului altuia (*jura in re aliena*), ori în aceea subtilă a interpretării contractelor.

Partea meridională a Franței, aflată sub directă aplicabilitate a normelor juridice romane, așa cum au fost ele rafinate prin operele interpretative ale școlilor glosatorilor și postglosatorilor, s-a alăturat acestui impuls unificator, în jurul sceptorului regal, datorită strălucitei gândiri juridico-sapientiale a marilor doctrinari ai secolului al XVI-lea, precum, e.g., Charles Du Moulin, Jean Bodin și Jacques Cujas. Această triadă stelară a gândirii juridice îi redă Franței strălucirea dreptului roman, el însuși *palladium* pentru orice vis unificator, pentru idealul libertății (prin teoria autonomiei de voință a părților contractante), pentru individualismul proprietății (cu binecunoscuta mefiență față de coproprietate) și pentru exemplara tratare a posesiei și a bunei-credințe (*bona fides*).

La cele două rădăcini istorice ale Codului din 1804, în plămădirea acestuia, se adaugă o a treia, deosebit de importantă prin spiritul de echitate (*aequitas*) pe care îl sublimează în toate normele contractualiste; este vorba de dreptul canonic care, pe parcursul a patru secole, pornind de la faimosul *Decretum Gratiani* din sec. al XII-lea și până la *Corpus juris canonici*, din secolul al XVI-lea, a încercat, cu obstinație, să refacă o atât de necesară conjuncție între morala creștină și dreptul roman cu interpolațiile lui medievale. Să nu uităm, apoi, că dreptului canonic îi datorăm teoria modernă a cauzei actului juridic civil, sancționarea cămătăriei și o mai justă reglementare a raporturilor maritale, pentru preservarea demnității căsătoriei, valori juridice importante oglindite în Codul lui Napoleon.

Pentru a realiza, însă, marea sinteză a acestor trei surse normative istorice, era nevoie de mult curaj, de multă determinare, de vocația construcției nemuritoare. Forțe intelectuale briante au existat de-a lungul secolelor; mijloace financiare, așijderea; dorința vie a unității poporului francez era chiar debordantă. Mai era nevoie de ceva, de o persoană precum Napoleon; de un om hotărât, visător, idealist și jertfelnic; de un spirit cutezant, non-burghez, grandios, nu meschin, hotărât-aristocratic, nu retractil-temător, lucid, nu revoluționar sau exaltat-utopic; era nevoie de un cavaler rațional, neexcesiv, din specia foștilor templieri. Acest legatar al Revoluției din 1789 (între ale cărei proiecte figura și codificarea, dar care, prin proiectele consulului Cambacérès, respectiv Jacquinet, a mers doar pe un drum

înfundat) nu putea fi decât Napoleon Bonaparte. Acesta din urmă, în calitate de Prim Consul, conferind puteri sporite și asigurând cu tenacitate sprijinul pentru al treilea proiect al comisiei de codificare (în frunte cu Tronchet, Președintele Tribunalului de Casație, dar avându-i în componență pe marele Portalis, autorul „Discursului preliminar la proiectul Codului civil”, pe Bigot de Préameneau și pe Malleville de la aceeași curte de casație), a avut nevoie de numai patru luni (!!!) pentru încoronarea multisecularei opere.

Unii doctrinari contemporani, precum, e.g., Philippe Malaurie, vorbind despre caracteristicile Codului lui Napoleon, reliefează moderația, realismul politic, conservatorismul și propensiunea pentru jusnaturalism și rațiune, la care eu aș adăuga consubstanțialitatea cu modul propriu, moderat și sapient de gândire al judecătorului. Pe toate acestea le abstrage din însuși discursul preliminar al lui Portalis, discurs pe care-l apreciază și pentru frumusețea-i deosebită și pentru spiritul-i marcant filolegislativ. Pentru a convinge virtualul cititor al acestui articol, voi reproduce două citate din antologia lui Malaurie în care este examinat acest discurs al lui Portalis. Iată: „Binefacerea cea mai mare pentru oameni este să dea și să trăiască sub legi civile bune: ele îmblânzesc puterea și o ajută să se facă respectată ca și cum ar fi însăși justiția. Ele au influență asupra fiecărui individ, sunt implicate în principalele acte ale vieții, îl însoțesc peste tot; sunt uneori unica morală a unui popor și sunt întotdeauna parte componentă a libertății sale”. Cît privește viziunea prudentă ce marchează spiritul conservator, același Portalis, orb dar luminat și moderat în foru-i interior, punte de legătură între înverșunații galicieni și janseniști, jusnaturaliști și superficiali iluminiști, scrie: „Ne-au plăcut prea mult, în epoca modernă, schimbările și reformele; dacă în privința instituțiilor și a legilor, secolele de obscurantism sunt un teatru al abuzurilor, secolele de filosofie și de lumină nu sunt foarte adesea decât un teatru al exceselor... Esențialul este să imprimăm noilor instituții caracterul de permanență și stabilitate care le poate garanta dreptul de-a deveni vechi” (apud Ph. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Trad. Doina Jela-Despois, Ed. Humanitas, 1997, pp. 186 sqq.).

Tare mândru a mai fost Napoleon (implicat cu geniul său organizatoric în elaborarea codului precum se arăta ca general în campaniile militare) când opera aceasta a trecut prin maieutica specifică marilor legiuiri. Renunțând la ceea ce a fost excesiv în legislația intermediară postrevoluționară și păstrând ceea ce a fost bun și original proclamat de Revoluție (cum ar fi suprimarea privilegiilor feudale și canonice), acesta a profețit chiar că posteritatea îl va consacra mai mult ca autor moral al acestui cod decât ca învingător la Austerlitz. Și nu are dreptate?

A urmat o lungă perioadă de receptare a acestui cod. Belgia, Luxemburg și Olanda l-au preluat instantaneu datorită dominației napoleoniene. Formațiunile statale diverse italiene l-au preluat între 1804 și 1809. Polonia l-a receptat în 1808. România a făcut-o în 1864, într-un spirit mai liberal și mai sintetic. Lucrările comisiei

noastre de codificare (compusă din Gh. Vernescu, Al. Crețeanu, Gh. Apostoleanu, Papadopol-Calimach și I. Strat) rămân însă misterioase pentru exegeții români, nefiind finalizate măcar cu o declarație de principii. Dar Codul civil român, grație și proiectului celui italian al lui Pisanelli ori celui belgian, este unul bun. Păcat că a fost delabrat pe parcursul ultimei jumătăți de secol, când materii importante ale lui (precum, e.g., persoanele și familia) s-au refugiat în propriile lor „novele”. Egiptul, Spania, Portugalia (și, pe filiera acestora, întreaga Americă Latină), întregul Magreb, enclavele romanice din țările Commonwealth-ului, Germania (cu impresionante perfecționări și inovații), Turcia, Japonia și China etc. etc. au completat acest tablou al celei mai semnificative aculturații juridice din istorie.

Egoist și stingher, Codul civil napoleonian privește, astăzi, din aristocratica sa poziție, la neputința noastră de-a ne detașa de legalismul și birocrațismul exorbitante pe care le-a generat ca un ucenic vrăjitor ce nu le mai poate stăvili din pricina fetișizării legii scrise în frunte cu el însuși. Poate, dacă ar fi acordat drept de cetate în forul deliberativ al judecătorului și altor surse de înțelepciune nomotetică (precum, *exempli gratia*, jurisprudența, doctrina și cutuma ori însăși rațiunea judecătorului), ar fi fost venerat precum Codul lui Justinian. Așa, este doar respectat. Dar, ne amintim aici, respectul se datorează, venerația se câștigă.

Fără a cânta epitalamul logodnei Codului civil napoleonian cu marea istorie universală a dreptului, sau cu eternitatea (după dulce-amăruia ironie a unui confrate francez), depun și eu mărturie că această operă legislativă epopeică întemeiază conștiința comună și cultura juridică europene, prefigurând așteptatul moment de odisee comunitară care va fi acela al adoptării Constituției Europei.

*
* *

*Judicis officium est, ut res, ita tempora rerum/ Quaerere*¹

¹ „Datoria unui judecător este să cerceteze deopotrivă faptele/ Dar și împrejurările” (Ovidius Publius Naso, *Tristia*, 1, 1, 37-38), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 134.

QUO VADIS DREPTUL EUROPEAN AL CONTRACTELOR?*

Codrin Macovei

În discursul său preliminar Portalis scrie că *l'uniformité est un genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre¹, saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits²*. În plus, Portalis constată că armonizarea sau convergența dreptului este posibilă numai atunci când intervine o mare revoluție. Și oare nu putem concepe ceea ce se petrece acum în Europa ca o revoluție: Actul Unic European din 1987, Acordul de la Maastricht, Declarația de la Nisa privind viitorul Uniunii Europene nu constituie etapele importante ale acestei transformări mai degrabă liniștite pe care o urmăresc statele membre ale Comunității Europene? Un răspuns pozitiv pare să ofere la această întrebare și Comunicarea Comunităților Europene către Parlamentul și Consiliul Europei din data de 11 iulie 2001³ relativă la oportunitatea edificării unui drept european al contractelor în scopul surmontării eventualelor piedici care încă mai există în funcționarea Pieții Comune. Comunicarea amintită se înscrie, de altfel, în seria reperelor diacronice privind dreptul civil european. Încă din 1989 Parlamentul european a publicat o primă rezoluție pentru a cere organelor comunitare întreprinderea de lucrări preparatorii în vederea elaborării unui Cod Comun European de Drept Privat⁴. Cererea a fost reînnoită în

* Acest articol a fost prezentat și publicat în această formă pe site-ul Cercului de hermeneutică juridică „Școala dreptului organic” în data de 25 martie 2004. De atunci au intervenit, evident, modificări ale legislației europene, dar, întrucât acestea nu sunt fundamentale, am optat pentru a lăsa textul nemodificat. Pentru o mai clară perspectivă sincronică...

¹ Este vorba despre nimeni altul decât Montesquieu care consacră în lucrarea sa *Despre spiritul legilor* câteva paragrafe geniului juristului care știe să distingă între cazurile când e de dorit unificarea și cazurile când trebuie păstrată diversitatea (a se vedea Ch. Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, București, Ed. Științifică, 1964, cartea XXIX, capitolul XVII).

² J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1^{er} Pluviose par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, Paris, Ed. Joubert, 1844, p. 2 (lucrarea este reeditată de mai multe ori, de exemplu, în 1962 la Paris de către Institut des Hautes Etudes d'Outre-Mer).

³ JOCE C-255-1, 13 septembrie 2001; textul comunicării poate fi consultat și pe internet la adresa: <http://europa.eu.int/com/off/green/index-fr.htm>.

⁴ Rezoluția Parlamentului European din 26 mai 1989 privind efortul de apropiere al dreptului privat al statelor membre, JOCE C-158-400.

anul 1994 în termeni și mai direcți¹. În data de 15 noiembrie 2001 Parlamentul European a adoptat o rezoluție privind Comunicarea Comisiei din data de 11 iulie 2001 pentru a chema la elaborarea unui corp de reguli materiale uniforme². În textul acestei rezoluții parlamentarii europeni au criticat Comisia Europeană pentru că are în vedere doar unificarea dreptului contractelor și îi fixează următorul calendar: elaborarea de texte conținând conceptele de drept și soluțiile comune statelor membre până la sfârșitul anului 2004; începând cu anul 2005 aceste texte ar fi urmat să fie introduse în programa facultăților de drept; după anul 2010 va fi adoptat, mai întâi, un corp de reguli europene relative la dreptul contractelor. Fără îndoială, planul impus Comisiei de către Parlament este unul ambițios și primele rezultate ar trebui să fie vizibile³.

După cum am putut observa, Parlamentul european este în mod evident favorabil unificării dreptului civil european. Rămâne să observăm, însă, dacă Parlamentul se găsește în cea mai bună poziție pentru a duce la bun sfârșit acest proiect fiindcă, din punctul de vedere al competențelor sale, aria sa de acțiune se definește ca fiind deocamdată destul de limitată. Astfel, Parlamentul nu intervine în procesul de adoptare a actelor legislative de către Comunitățile Europene decât în ponderi inegale, conform unor proceduri care variază în funcție de temeiul juridic reținut. Cu toate acestea, lucrurile ar putea evolua rapid. Parlamentul este instituția europeană care în ultimii ani și-a lărgit cel mai mult competențele. Explicația acestui proces constă în numeroasele critici exprimate în legătură cu deficitul de democrație al instituțiilor europene⁴. Deci, și pentru viitor se așteaptă o lărgire a sferei de acțiune a Parlamentului. În mai 2002, Comisia Europeană a recomandat dezvoltarea atât a rolului legislativ și bugetar al Parlamentului cât și adoptarea procedurii codeciziei „ca și regulă generală pentru edictarea legilor europene”⁵. Această procedură a codeciziei codificată prin art. 251 al Tratatului de la Maastricht prevede adoptarea de acte conjuncte Parlamentului și Comisiei Europene semnate de cei doi președinți ai acestora⁶. Se conferă astfel Parlamentului rolul de colegiator într-o completă paritate.

Până la intrarea în vigoare a acestor prevederi revine însă Comisiei Europene competența de a lansa și susține inițiativele comunitare în materia unificării

¹ Rezoluția Parlamentului European din 6 mai 1994 privind armonizarea anumitor sectoare de drept privat ale statelor membre, JOCE C-205-518.

² Rezoluția Parlamentului European din 15 noiembrie 2001 privind apropierea dreptului civil și comercial al statelor membre, COM 2001, 398 C-5-0471/2001-2001/2187.

³ Pentru mai multe amănunte a se vedea www.europa.eu.int./comm.

⁴ N. Reich, *Competition between legal orders. A new paradigm of E.C. Law*, Common Market Law Review, 1992, p. 861 și urm; a se vedea și V.A. Benabet, *Une doctrine de masse?*, Dalloz, 2002, p. 651, N. Charbit, «L'esperanto» du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des Contrats, JCP 2002. I.100.

⁵ Com 2002, 247, *Un projet pour l'Union Européenne*, 22 mai 2002.

⁶ Dacă Codul European al Contractelor ar fi fundamentat pe art. 95 al TCE, această procedură a codeciziei ar trebui urmată.

dreptului privat european. În fapt, Comisia dispune încă de monopolul inițiativei legislative europene prin posibilitatea emiterii de directive, regulamente și decizii. Tratatul instituind Comunitatea Europeană îi acordă acesteia, în plus, un veritabil rol de negociator (art. 189): atunci când Consiliul adoptă propunerile Comisiei nu le poate modifica decât cu majoritatea absolută, pe când Comisia poate oricând să își modifice propunerile, având nevoie pentru aceasta doar de susținerea Consiliului de Miniștri și al Consiliului UE.

La rândul său, Consiliul de Miniștri al UE a conceput cu ocazia întâlnirii de la Laeken un *Raport privind necesitatea apropierei legislației statelor membre în materia dreptului civil*. Cu ocazia prezentării acestui raport s-a insistat pe rolul central pe care ar trebui să îl aibă dreptul contractelor în acest proces. Proiectul unui Cod European al contractelor nu a fost înscris *in terminis* pe agenda oficială a miniștrilor europeni, dar Comisia a fost mandată să determine cu o mai mare acuratețe care anume sunt acele diferențe existente între legislațiile statelor membre care constituie obstacole în buna funcționare a Pieții Comune.

În fine, Consiliul European a ridicat de mai multe ori problema unificării dreptului civil, în special la întâlnirile la nivel înalt de la Tampere (15-16 octombrie 1999) și de la Laeken (14-15 decembrie 2001). Trebuie să menționăm că intră în atribuțiile Consiliului impulsivizarea dezvoltării Uniunii Europene și stabilirea orientărilor politice generale necesare acestei dezvoltări. Frecvent, Consiliul definește orientările politice generale pe care Comisia trebuie să le urmeze și cere acesteia să prezinte inițiative.

Demonstrația fiind făcută în ceea ce privește consensul instituțiilor europene vis-à-vis de adoptarea de măsuri pentru unificarea dreptului contractelor, rămâne de observat și fundamentul juridic al unui astfel de demers.

În mod diferit față de legislatorii naționali, legislativul european nu se bucură decât de o competență numită *de atribuire*¹. Astfel, el poate să se manifeste numai în cadrul dispozițiilor cuprinse de tratatele europene, în special Tratatul instituind Comunitatea Europeană (TCE)². Practic însă, lucrurile sunt mai delicate pentru că dreptul european nu reglementează problema competențelor prin stabilirea unei liste exhaustive de materii, ci în funcție de obiectivele ce trebuiesc atinse, de acțiunile ce trebuiesc întreprinse și de funcțiile ce trebuiesc îndeplinite (art. 2 și 3 TCE). Din cauza generalității acestor obiective aria competențelor comunitare nu a încetat să se extindă de-a lungul anilor. Pentru a se putea justifica acest proces, oficialii europeni au introdus prin Tratatul de la Maastricht două principii care astăzi fac obiectul unor controverse aprinse: principiul subsidiarității și principiul

¹ Pentru mai multe amănunte, a se vedea O. Manolache, *Drept Comunitar*, ed. a IV-a, București, Ed. All-Beck, 2004.

² Pentru o discuție mai amplă privind această abordare, a se vedea B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Cod Civil Européen*, RTDCiv, 2002, p. 463; dar și Gérard Cornu, *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, Dalloz, 2002, 351.

proporționalității. Primul principiu¹ este consacrat prin mai multe texte, cel mai important fiind art. 5 alin. 1 al TCE în virtutea căruia *Comunitatea ia toate măsurile generale sau particulare adecvate în limitele competențelor care îi sunt conferite și a obiectivelor care sunt conturate prin tratat*. Cel de-al doilea principiu, cel al proporționalității, ar trebui să fie utilizat pentru a cenzura exersarea lărgirii competențelor odată ce o astfel de decizie este luată de forurile europene. Astfel, art. 5 alin. 3 al TCE dispune: *nici o acțiune a Comunității nu va depăși ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului prezentului tratat*.

Aceste două principii sunt din ce în ce mai utilizate astăzi în UE și tocmai de aceea se are în vedere redefinirea lor și înserarea de proceduri suplimentare de control a inițiativelor europene. Totuși, atât timp cât logica TCE dispune ca cele două principii să funcționeze împreună, ele interzic o lectură prea largă a textelor tradițional invocate în favoarea operei de unificare a legislațiilor civile europene². Aceste texte sunt art. 95 (fost 101) și art. 308 (fost 235) TCE.

Articolul 95 permite Consiliului să adopte cu o majoritate calificată *măsurile care vizează apropierea dispozițiilor legislative, de reglementare și administrare ale statelor membre care are ca obiect instituirea și funcționarea pieții interne*. Acesta este textul pylon pentru realizarea și buna funcționare a Pieții Comune, dar și pentru emiterea diverselor directive privind protecția consumatorilor³. Dacă, însă, s-ar putea adopta și un Cod European al Contractelor în baza aceluiași text este încă neclar din mai multe motive: Piața Comună există deja și conform opiniei majorității actorilor ei funcționează mulțumitor⁴; recent CJCE a interzis lectura extensivă a acestui text, amintind că acesta trebuie utilizat nu pentru a elimina diferențele ci doar pentru a înlătura obstacolele ce se ridică împotriva liberei circulații a bunurilor și a persoanelor⁵.

Articolul 308 (fost 235) permite Consiliului să ia măsurile necesare realizării unui obiectiv comunitar în cadrul măsurilor ce reglementează funcționarea pieții comune atunci când tratatul nu prevede nici o competență specifică. Se cer îndeplinite doar două condiții: condiția consultării Parlamentului European și a votului unanim. Acest text permite într-adevăr extinderea semnificativă a competențelor comunitare, iar un Cod al Contractelor ar putea fi ușor adoptat pe

¹ Pentru o analiză detaliată și de perspectivă a acestui principiu, a se vedea: V. Duculescu, *Principiul subsidiarității – principiu fundamental al Tratatului Constituțional European*, R. de Drept Comercial, 2004, nr. 1, pp. 47-66; B. Predescu, I. Predescu, A. Roibu, *Principiul subsidiarității*, București, R.A. Monitorul Oficial, 2001.

² V. Marcu, N. Diaconu, *Drept comunitar general. Tratat*, București, Ed. Lumina Lex, 2002, p. 303 și urm.

³ Jürgen Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, CML Rev, 1996, p. 1169.

⁴ W. Van Gerven, *Codifying European Private Law? Yes if..., European Law Review*, 2002, p. 156, în special nota 55, p. 167.

⁵ CJCE, 5 octombrie 2000, Germania v. Parlamentul și Consiliul Europei, dosarele C-376/98 și C-74-99.

această cale dacă ar exista voința politică a tuturor statelor membre UE¹. Totuși chiar și Comisia Europeană apreciază că art. 308 nu permite crearea de noi competențe, iar *calea normală și democratică de extindere a competențelor Uniunii rămâne modificarea tratatului*².

O altă cale de fundamentare juridică a demersului adoptării unui Cod al Contractelor ar putea fi teoria competențelor implicite consacrată încă din 1956 de către CJCE în virtutea acestei teorii trebuie să recunoaștem UE, în plus față de competențele exprese și competențele necesare pentru a le putea realiza pe acestea³. Ne aflăm, deci, în prezența unei teorii care invită la respingerea interpretării literale a tratatelor în favoarea unei interpretări sistematice și teleologice.

Trebuie să remarcăm că adepții unui cod european al contractelor sunt cu toții de acord, odată depășită demonstrația posibilului temei juridic pentru adoptarea sa, că forma pe care ar trebui să o îmbrace codul este aceea a unui regulament comunitar. Se argumentează că orice altă formă (directivă sau chiar tratat internațional) ar impieta asupra formei unice pe care trebuie să o îmbrace codul indiferent de țara în care se aplică.

În concluzie, deși la ora actuală sistemul juridic european ar putea găsi baza juridică pentru a demara, susține și chiar adopta un proiect vizând unificarea dreptului contractelor în UE, anvergura acestui proiect cere, mai degrabă, o revizuire a TCE în privința competențelor de legiferare.

Sau, pentru a fi și mai direcți, decizia privind soarta unui cod european al contractelor este, de fapt, una politică, argumentele juridice putând fi ori extrase din actualele tratate, ori la fel de bine create. Nu putem în acest sens decât să înregistrăm ultimele evoluții politice în cadrul UE și să observăm că atât Declarația de la Nisa din 2000 cât și Consiliul European de la Laeken din 2001 sau Conferința de la Nisa din 2002 vizează un proces complex de regândire a Europei, implicit a competențelor viitoarelor instituții comunitare după adoptarea Tratatului Constituțional European.

Totuși, trebuie să ne ferim să subestimăm încărcătura simbolică a unui astfel de cod și să ne limităm la a prezenta dezbaterile doar din punct de vedere politic. Un cod civil european, fie el și doar al contractelor, este o *opération de mise en ordre symbolique*⁴ a unității europene.

În mod identic, ar fi greșit să identificăm pledoariile pentru un cod civil european cu pledoariile pentru o Europă federală⁵. De fapt, federalismul nu poate

¹ B. Fauvarque-Cosson, *op.cit.*, p. 466.

² Com 2002, 247, *loc.cit.*

³ Hotărârea Fédéchar a CJCE din 29 noiembrie 1956.

⁴ P. Bourdieu, *Habitus, Code et Codification*, în „Actes de la recherche en sciences sociales”, Paris, 1986, nr. 64.

⁵ R. Schulze, *Le droit privé commun européen*, RIDC, 1995.7; H. Gaudamet-Tallon, *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions*, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, 2000, nr. 437, p. 228; A. Chamboredon, *La texture ouverte d'un Code européen du droit des contrats*, Clunet, 2001.5

exista decât dacă colectivitățile federale sunt veritabile state și dispun de anumite atribute ale suveranității¹. În această privință exemplul SUA poate fi instructiv. Statele și-au păstrat competențele de drept comun, iar organele federale se bucură de o competență de atribuire în virtutea amendamentului cu numărul zece adus Constituției americane. Chiar dacă din anul 1787 competențele federale s-au extins neîncetat (prin aplicarea aceluiași principiu al *puterilor implicite*...) statele păstrează încă prerogativele de edictare a normelor de drept civil și comercial². Ceea ce ar trebui însă observat și subliniat este că sistemele de drept din statele americane sunt aproape identice³, iar, în plus, judecătorii au posibilitatea de a aplica deciziile pronunțate în alte state. Mai mult decât atât, nevoia pentru o și mai strânsă comunitate juridică a convins American Law Institute să elaboreze comentarii și analize ale deciziilor jurisdicțiilor etatice, cunoscute sub numele de *Restatements of the Law*⁴. Acestea au în vedere, în special, dreptul contractelor și se bucură de o largă apreciere în rândul juriștilor, fiind, de fapt, un mijloc de unificare atât a practicii cât și a doctrinei. În domeniile unde legislația are un rol major instituțiile federale pun la dispoziția statelor legi-model. Acesta este și cazul Codului Comercial Uniform (Uniform Commercial Code - UCC) conceput inițial ca o lege-model și apoi adoptat cu minore modificări de toate statele americane⁵.

Situația pe care o regăsim, însă, astăzi în Europa comportă unele trăsături distincte pe care vom încerca să le conturăm în cele ce urmează. Diversitatea normelor naționale ce reglementează dreptul contractelor pe întinderea UE constituie o piedică în calea schimburilor⁶, mai puțin în ceea ce le privește pe marile

¹ P. Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, a XVIII-a ediție, Paris, Ed. Armand-Colin, 1999, p. 53.

² În anul 1938, Curtea Supremă a SUA a dispus în cauza *Erie Railroad Company v. Tompkins* că în materia dreptului privat general nu există drept comun federal, iar Congresul nu are puterea de a legifera reguli de acest tip.

³ Cu o singură excepția notabilă, cea a statului Louisiana care a adoptat o legislație inspirată de Codul civil din Quebec-Canada, deci cu puternice ecouri continental-europene, acesta din urmă având ca model Codul civil francez.

⁴ A. A. Levasseur definește în lucrarea *Droit des Etats-Unis (a II-a ed, 1994, nr. 37) Restatements* ca fiind *compilații sau digeste, metodice și sistematice, ale jurisprudenței din diferite ramuri ale dreptului*.

⁵ Chiar dacă sfera de aplicare a UCC este mai restrânsă față de cea a unui cod comercial european, se apreciază că acesta a unificat dreptul comercial american pe plan național. Prima versiune a UCC a fost publicată în 1949 și adoptată abia în 1952 de Pennsylvania. Până în anul 1968 toate statele americane adoptaseră UCC, mai puțin Louisiana care a declarat că nu îl va adopta fiindcă soluțiile sale sunt în disonanță cu legislația sa internă. De atunci și până în prezent, deși nu și-a modificat poziția oficială, Louisiana a adoptat articol cu articol toate dispozițiile UCC, mai puțin cele referitoare la închiriere (art. 2 și 2A) - pentru un studiu mai amănunțit privind similitudinile de situație între SUA și UE în domeniul dreptului privat a se vedea Ch. Jamin, *Un droit européen des contrats ?*, în „Le droit privé européen”, coord. P. de Vareilles-Sommieres, Paris, Economica, 1998, p. 40.

⁶ O. Lando, *Why codify the European Law of Contract?*, în „Actes de la conférence de Scheveningen du 28 février 1997 organisé par le Ministère de la Justice néerlandais”, RED privé, Kluwer, 1997, p.

întreprinderi, cât mai ales pe cele mici și mijlocii. Prin deschiderea de filiale în țările partenere, prin apelarea la arbitrajul internațional și alegerea ca lege a contractului a unor reguli transnaționale marile întreprinderi reușesc să depășească majoritatea inconvenientelor născute de diversitatea soluțiilor drepturilor naționale. Aceste soluții implică însă costuri ridicate (chiar și alegerea *lex mercatoria* necesită apelarea la servicii de consultanță juridică) pe care întreprinderile mici și mijlocii, de regulă, nu și le pot permite. De asemenea, arbitrajul este mai greu de conceput ca aplicabil în litigiile dintre consumatori și comercianți sau producători¹ și nu va putea aproape niciodată să fie aplicat pentru a soluționa litigiul dintre autorul unei pagube și victima sa atât timp cât pe cei doi nu îi leagă nici un contract.

Din păcate, rezolvarea litigiilor comerciale sau civile transfrontaliere de către jurisdicțiile etatice întâlnește numeroase probleme, mai ales, atunci când judecătorul trebuie să facă aplicarea regulilor unui drept străin². De cele mai multe ori judecătorul confruntat cu aplicarea unei legi străine va face tot posibilul pentru a găsi o normă de ordine publică care să interzică aplicarea acesteia și, astfel, să facă posibilă revenirea la dispozițiile legii pe care o cunoaște cel mai bine: legea sa națională³. Chiar și când acest scenariu nu e validat, părțile contractante sunt amenințate de alte pericole: adeseori legea contractului este impusă de contractantul ce deține o poziție de superioritate, dominantă și tocmai de aceea ea ascunde dispoziții favorabile acelei părți.

Dacă astăzi Europa dorește să construiască o adevărată piață unică nu ar trebui ca o operațiune contractuală între două întreprinderi aflate de o parte și de alta și de alta a graniței să fie tot atât de ușor de conceput din punct de vedere juridic ca și un contract încheiat între două întreprinderi ale aceluiași stat. Cel mai bun mijloc pentru atingerea acestui scop pare a fi chiar punerea la dispoziția europenilor a unui Cod al Contractelor. Desigur, aceste argumente lasă să se întrevadă și alte căi de acțiune decât cea a unui drept uniform. Acestea nu se opun realizării unui cod al contractelor, ci, dimpotrivă, trebuie parcurs pentru a pregăti, a intensifica și a completa munca de unificare, care, trebuie să o recunoaștem va necesita, probabil, câteva decenii.

Una dintre aceste căi de urmat constă în construirea unei autentice comunități europene de juriști ce pot dialoga cu ușurință. Dezideratul nu ar fi greu de îndeplinit dacă formarea juriștilor ar înceta să mai fie făcută doar prin prisma

525 și urm. ; M.J. Bonel, *The need and possibilities of a codified European contract law*, în *Actes...., precit*, p. 505 și urm.

¹ Pentru eventuale soluții ale acestei probleme, a se vedea: E. Loquin, *L'arbitrage des litiges du droit de la consommation*, în „Vers un Code européen de la consommation”, colloque de Lyon, 1997, LGDJ, Paris, 1997, p. 356.

² Pentru problematica conflictelor de legi, a se vedea: I. Macovei, *Drept Internațional Privat*, Editura Universității “Al. I. Cuza”, Iași, 2001; M.V. Jakotă, *Drept Internațional Privat*, 2 vol., Editura Fundației Chemarea, Iași, 1997, p. 183-275; I. P. Filipescu, *Drept Internațional Privat*, Editura Actami, București, 1999, p. 394.

³ O. Lando, *loc.cit*, p. 194.

dreptului național. Bursele de studii în străinătate, conceperea de lucrări de drept privat autentic europene, cursuri care să nu se mai focalizeze pe soluțiile naționale¹ pot fi factori stimulatori ai nașterii unei astfel de comunități. Negocierea contractelor, rezolvarea litigiilor de către juriști ale căror competențe depășesc sfera dreptului național ar fi enorm ușurate de apariția unei astfel de comunități europene a juriștilor. Dar, o astfel de comunitate, care a mai existat în Europa din sec. al XII-lea până în sec. al XVIII-lea în jurul lui *jus commune*², chiar dacă este indispensabilă pentru ca regulile unui cod european să fie aplicate în mod uniform, ea nu va genera prin ea însăși un corp de reguli uniforme. Singura problemă care se poate pune este aceea de a ști dacă mai întâi trebuie așteptată constituirea acestei comunități pentru a antama lucrările de unificare sau cele două acțiuni pot fi întreprinse în aceleași timp.

Și alte căi de acțiune pot fi exploatate pentru a gestiona mai bine diversitatea. Astfel, unificarea nu are sens decât dacă acesta se va menține în timp ceea ce face necesară unitatea de interpretare a unor viitoare legi uniforme. Curtea Europeană de Justiție ar putea să se bucure de o astfel de lărgire a competențelor sale cu condiția ca problemele legate de supraaglomerarea acestei instanțe să fie deja rezolvate³.

Fără îndoială, riscurile interpretării divergente a unui corp de reguli uniforme sunt reale fie și numai din punctul de vedere al limbii folosite. Aceste pericole vor trebui să fie progresiv estompate și prin formarea unui vocabular juridic comun, european. Ne putem imagina progresul pe care l-ar reprezenta existența unui corp comun de reguli accesibil oricărui jurist european în limba sa proprie și unde să găsească sprijinul necesar pentru redactarea unui contract, pentru fundamentarea argumentelor sale în fața unui judecător, pentru a se putea orienta în fața procedurilor administrative sau pentru a putea consulta analizele doctrinei și de jurisprudență. Diversitatea limbilor și culturilor în Europa, departe de a fi o piedică ar putea constitui tocmai începutul unei pledoarii pentru constituirea unui corp de reguli comune⁴.

Înainte însă de a se demara propriu-zis procesul de unificare a dreptului obligațiilor în Europa trebuiesc clarificate o serie întreagă de probleme prealabile.

Este necesar un cod european al contractelor care să se substituie drepturilor naționale sau un cod special conceput pentru operațiile intracomunitare? Unii autori par a fi seduși de ultima variantă, ea având dublul merit de a reglementa situația

¹ A se vedea și R. Sacco, *Non, oui, peut-être*, în „Melanges Christian Mouly”, Paris, 1998, vol. 1, p. 168 (*Demandons à nos professeurs d'enseigner le droit tout court au lieu d'enseigner le droit local*).

² În privința *jus commune*, a se vedea: R. David și C. Jauffret-Spinoși, *Les grands systèmes de droit contemporains*, a XI-a ed, Paris, Dalloz, 2000, nr. 33; B. Oppetit, *Retour à un droit commun européen*, în B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 73; J.-L. Halpérin, *L'approche historique et la problématique du <jus commune>*, în *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, Paris, 2001, p.17.

³ Ph. Malinvaud, *Réponse -hors délai- à propos d'un code européen des contrats*, Dalloz, 2002, 2542.

⁴ Exemplul Codului civil elvețian și convențiile internaționale.

actuală nemulțumitoare a schimburilor transfrontaliere și de a menaja tradițiile juridice naționale care, astfel, pot continua să existe¹. Dar nu putem să nu observăm și dezavantajele acestei soluții. Pe de o parte, această soluție ar fi un factor de complicații pentru că ar exista două tipuri de reguli pentru operațiunile ce prezintă un element de extraneitate: dreptul internațional privat comun (conflictele de legi, dreptul material internațional etc.) și dreptul material intracomunitar alături de normele de drept intern. Pe de altă parte, această propunere nu este conciliabilă cu obiectivul pieții comune interne care reclamă aceleași reguli oricare ar fi localizarea contractanților. Aceste critici ar putea fi îndepărtate dacă după un timp de rodaj acest cod s-ar aplica și tranzacțiilor interne sau dacă s-ar permite cocontractanților să supună un contract intern normelor codului prin libera lor manifestare de voință. Înlocuirea dispozițiilor naționale ar putea să se facă, astfel, într-o manieră progresivă.

O altă întrebare care se ridică se referă la gradul de convergență pe care drepturile naționale ar fi necesar să-l cunoască în domeniul contractelor. Trebuie să se procedeze la unificare sau ar fi mai inspirat să se adopte un cod care s-ar putea prezenta sub forma unei directive. În locul opțiunii pentru un cod uniform care riscă să nu dureze pentru mult timp, ne-am putea pronunța pentru tiparul unei suple legi-model care să cunoască traducerea în toate limbile naționale din UE și care să poată fi chiar adoptată de statele ce doresc să își reformeze dreptul obligațiilor. Putem invoca, în acest sens proiectul de Cod franco-italian al obligațiilor dintre cele două războaie mondiale.

O dilemă ușor de intuit este și aceea legată de limitarea unificării numai la materia strictă a contractului(-elor). Mulți autori susțin necesitatea extinderii procesului de unificare și la materia răspunderii delictuale. Altfel, susțin aceștia, opera de reglementare a răspunderii contractuale își va arăta repede limitele dacă contractantul păgubit ar putea invoca și reguli ale dreptului său național care fac trimitere la răspunderea delictuală. Ar fi, deci, necesar să fie consacrat cel puțin principiul noncumulului răspunderilor, acesta fiind rareori sancționat ca atare de către drepturile naționale ale statelor membre.

În ceea ce privește influența unui astfel de cod asupra materiei contractelor speciale lucrurile sunt aproape de la sine înțelese. Inconveniente imensei diversități de reglementare a numeroaselor tipuri de contracte nasc, de asemenea, și enorme diferențe între soluțiile instanțelor naționale când se pronunță în legătură cu același specie de contract. Este simptomatică constatarea că majoritatea convențiilor internaționale de drept material au ca obiect dreptul contractelor speciale. Dacă problemele menționate își au cauza în divergențele de reglementare a materiei contractelor speciale sau în dificultatea unificării regulilor generale, acesta este o întrebare la care doar experiența viitoare va putea răspunde.

Nu trebuie să uităm și aspectul că, de cele mai multe ori, în spatele regulilor

¹ Denis Tallon, *Vers un droit européen du contrat?*, în „Melanges offerts à Andre Colomer”, Litec, Paris, 1993, p. 485; Ph. Malinvaud, *op.cit.*; Jürgen Basedow, *Un droit commun des contacts*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1998, p. 8.

speciale ale dreptului contractelor se ascund interese economice considerabile. Este suficient să cităm termenul de prescripție al acțiunii cumpărătorului în garanție pentru viciile lucrului vândut. Țările tradițional exportatoare stabilesc termene cât mai scurte (cum e, de exemplu, cazul Germaniei) pe când alte țări îi protejează pe cumpărători.

*

* *

*Jura inventa metu injusti fateare necesse est*¹

¹ „Trebuie să recunoaștem că dreptul a fost inventat din teama față de cel nedrept” (Horatius, *Satirae*, 1, 3, 111), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 135.

UNE JUSTICE DE RAISON OU DE CONVICTION?¹

Ronan Le Corre

Avant qu'ils ne se retirent pour délibérer sur l'affaire dite d'Outreau, les jurés de la cour d'assises du Pas-de-Calais ont entendu son président leur lire l'adresse contenue dans l'article 353 du code de procédure pénale, qui commence par ces mots: «*La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus*» et se termine par: «*La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: „Avez-vous une intime conviction?”*» Près de dix-sept heures plus tard, le verdict tombait aux termes duquel, parmi les accusés qui contestaient leur culpabilité, certains étaient acquittés et d'autres condamnés sans que, comme nous, ils n'en connaissent les raisons, la loi n'exigeant pas de leurs juges qu'ils motivent leur décision. Il n'est pas ici question de jeter le discrédit sur celle-ci, la longueur de la délibération montrant, si nécessaire, le souci des magistrats et des jurés d'accomplir une tâche rendue particulièrement difficile, mais d'appeler à une modification de la loi sur ce point capital, achevant ainsi l'évolution de la procédure criminelle vers le droit commun.

En effet, est-il encore légitime, alors que les décisions de l'autorité publique, administrative ou judiciaire - qu'il s'agisse par exemple d'un refus de permis de construire ou d'une condamnation pour vol à l'étalage - doivent être motivées, que les arrêts des cours d'assises, qui décident du destin des protagonistes du procès, accusés ou victimes, restent les seuls à ne l'être ni sur la déclaration de culpabilité ni sur la peine, alors que celle-ci peut aller parfois jusqu'à la réclusion perpétuelle? N'est-il pas aujourd'hui nécessaire que cette décision de justice montre ainsi qu'elle est une oeuvre, certes faillible, de raison et non de seule conviction, surtout lorsque les cris, les souffrances, voire la déraison, ont, par instants, envahi le prétoire? Peut-elle continuer à déroger au principe cardinal de la procédure pénale qui veut qu'à peine de nullité, voire d'inexistence, toute décision de justice soit motivée, les motifs constituant «*la base de la décision*» (art. 485 du code de procédure pénale). Pourquoi ce

¹ Prezentul articol a fost publicat în ziarul *Le Monde*, vineri 16 iulie 2004, p. 23, autorul lui, judecătorul Ronan le Corre de la Curtea de Apel din Rennes, prieten apropiat, fiind de acord cu reproducerea lui în cadrul Cercului de hermeneutică juridică "Școala dreptului organic", ca personală contribuție la eforturile noastre științifice și culturale.

qui est indispensable pour le jugement des délits ne le serait-il pas, a fortiori, pour celui des crimes?

Il est souvent soutenu que l'intervention du jury, incarnation du peuple souverain, justifierait une telle dérogation. C'est, à mon sens, confondre la souveraineté du peuple, manifestée par la présence majoritaire de citoyens parmi les juges, et l'infailibilité, dont nul ne peut se targuer. Ce qui implique que les raisons d'un verdict soient connues de tous, en premier lieu des condamnés, mais aussi, en cas d'acquittal, des victimes, qui ont le droit de savoir pour quelles raisons les charges ont, en définitive, été estimées insuffisantes.

Il y a quelques années, un coin avait été enfoncé dans ce dogme par l'instauration d'une cour d'assises d'appel. Malgré son nom, ce recours n'offre en réalité qu'une seconde chance au condamné, qui ne peut que plaider, une nouvelle fois, son innocence sans pouvoir contester les motifs, inconnus, ayant conduit à sa condamnation.

De ce procès exceptionnel à plus d'un titre, mais non unique, toutes les leçons doivent être tirées. Pourquoi pas aussi celle-là ?

*

* *

*Judex damnatur ubi nocens absolvitur*¹

¹ „Când este achitat un vinovat, este condamnat un judecător” (Syrus), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 134.

LA LOI et Le discours. SON ELABORATION, SON EFFECTIVITE¹

Marc Richevaux

L'ineffectivité de la loi est assez souvent due a sa mauvaise qualité technique qui en rend difficile une interprétation conforme à la volonté de son auteur² encore que parfois cette discordance entre le texte et son esprit s'explique par certains choix faits mais difficile à assumer pour son auteur comme se fut le cas d'une loi de réduction du temps de travail et de flexibilité qui ne voulait pas être vue comme telle³.

Le texte de la loi et son effectivité dépendent des lois du langages mais aussi de choix politiques du faits ou non faits par le législateur et assumés ou non par celui-ci⁴.

«Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire viennent aisément».

Boileau (L'art poétique)

Le constat de la complexité croissante, facteur d'insécurité, d'incompréhension et d'ineffectivité de la norme de droit est malheureusement connu et répété⁵. Il concerne tous les domaines de la sphère juridique. Il est plus particulièrement criant en matière de droit social où il existe une complexité inhérente à une branche du droit qui veut être sensible à la conjoncture économique et sociale et aux pratiques d'entreprise mais connaît aussi une complexité ajoutée, une techno science⁶ mais en ce domaine cette branche du droit n'a pas de monopole.

¹ Text cu care profesorul Marc Richevaux, apropiat de mediile intelectual și juridic românești, a dorit să onoreze grupul colaboratorilor externi ai cercului nostru.

² Marc Richevaux, *Quelques principes relatifs à l'interprétation de la norme de droit*, Dr. Ouvr., fév. 1991; Marc Richevaux, *La lettre et l'esprit, texte et pratique du texte en droit du travail, innovation*, 1999, -299-114.

³ Lois Aubry relatives à la réduction du temps de travail ou l'irrésistible ascension de la flexibilité: *Innovations* n° 13 2001-1.159-172.

⁴ *Limbajul legii, legile limbajului, consiliul legislativ*, Buletin de informare legislativă, Bulletin d'information du conseil législatif, 2002 n° 3.

⁵ J. Begguin, *Peut-on remédier à la complexité croissante du droit?*, Mélanges Blaise, Ed. Economica, 1995; J. Carbonnier, *Droit et passion sous la Ve République*, Forum Flammarion, 1996.

⁶ E. Morin, *Le Monde*, 22 sept 1988.

On en trouvera un exemple particulièrement significatif avec la loi «Aubry II» relative à la réduction du temps de travail¹ qui, de l'avis général, est un monument de complexité². De plus, dans le souci affiché d'adapter rapidement la norme juridique aux réalités économiques et sociales du moment, les réformes se succèdent à un rythme accéléré, au point que le droit devient une succession d'images floues, c'est le règne de l'improvisation et de l'insécurité juridique³. Pourtant, la loi devrait, et pourrait, être solennelle brève et permanente. Le législateur qui souhaite obtenir un tel résultat dispose maintenant des outils nécessaires. En effet, une rédaction législative qui vise l'efficacité passe aussi par la légistique⁴. Cette science qui permet d'obtenir un texte juridique de bonne qualité⁵. Il arrive même parfois que certains de ses enseignements soient repris dans un texte de loi⁶.

La rédaction législative se traduit par des écrits⁷ destinés à être saisis par ceux à qui ils sont destinés afin qu'ils les appliquent. Le texte législatif véhicule une pensée, «unique», celle du législateur, que scrutent les commentateurs non seulement parce qu'elle est porteuse d'une intention, d'un sens déterminé mais parce qu'elle manifeste une volonté qui s'impose à tous. Elle s'exprime sous forme d'impératifs et de normes qui obligent ou permettent à telle personne de faire tel acte. Le législateur cherche moins à dire ce qui est que ce qui doit être. Son vocabulaire comme sa syntaxe⁸ traduiront en priorité cette volonté prescriptive conceptuelle et réfléchie. La loi c'est d'abord la parole du législateur celle qu'il adresse au citoyen⁹. Celle par laquelle il leur fait connaître leurs droits et obligations. Ainsi, comme tout langage celui du législateur remplit deux fonctions: Expression de

¹ Loi du 19 janvier 2000.

² D. Boissard, *35 heures, un monument de complexité*, Liaisons sociales, magazine, janvier 2000.

³ J.C. Javillier, *Le droit du travail en temps réel*, sem. soc., Lamy n° 575, 18 novembre 1991.

⁴ C.-A. Morand, *Introduction à la logistique*, intervention au Vème congrès international de méthodologie juridique, Montreux, 24/27 septembre 1997.

⁵ A. Lopatka, *The legal linguistic requirements addressed to Polish lawmakers*, intervention à la 8^e conférence de l'académie internationale de droit linguistique, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi 24/26 mai 2002 ; S. Mastacan, *Compétence linguistique et performance juridique*, intervention, 8^e conférence de l'académie internationale de droit linguistique, Mihail Kogalniceanu, Iasi 24/26 mai 2002.

⁶ Par exemple la loi (roumaine) n° 24/2000 sur les règles de technique législatives applicables à l'élaboration des actes normatifs monitorul oficial n° 139/2000; S. Popescu et V. Tandareanu, *L'utilisation du langage législatif dans la rédaction des actes normatifs juridique*, intervention, 8^e conférence de l'académie internationale de droit linguistique, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, 24/26 mai 2002.

⁷ T. Lacatusu, *Considerations on the written legal language*, intervention, 8^e conférence de l'académie internationale de droit linguistique, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, 24/26 mai 2002.

⁸ L. Beaudoin, *Spécificité systémiques et linguistiques du langage de droit*, intervention, 8^e conférence de l'académie internationale de droit linguistique, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, 24/26 mai 2002.

⁹ G. Comu, *Le langage du législateur*, Annales, Université de Neufchâtel 1977/1978, p. 37.

la pensée (A) et aussi mode de communication¹ tributaire de la formation du discours juridique (B).

Selon une première approche ces deux fonctions pourraient être toutes entières contenues dans le texte de la loi. C'est ainsi du moins, que les juristes présentent le plus souvent les choses. Elles sont peut-être moins simples que dans cette présentation habituelle.

A) Le texte de loi expression de la pensée du législateur

En dehors de son caractère normatif la loi, ou plus exactement le texte qui la véhicule, a une fonction d'expression de la pensée et une fonction de communication de celle-ci. Cette fonction est loin d'être sans limites. Le but recherché n'est pas toujours atteint. Dès lors que l'on cherche à dépasser, reculer ces limites, ou plus modestement chercher à en comprendre les causes, on constate que les clefs d'analyse du discours que nous fournit la linguistique contemporaine s'avèrent partiellement inadaptées au discours juridique.

Pour entrer dans le cadre de l'analyse du discours repris dans la triade énonciative de BENVENISTE: JE, ICI, MAINTENANT.

Le discours juridique devrait bien se voir adapter une formule certes proche mais néanmoins différente que l'on pourrait résumer sous la forme JE-S, LA ET AILLEURS, DEMAIN.

La compréhension du texte de loi est une préoccupation constante des juristes qui la considèrent comme la condition de son efficacité. Or il a été démontré que la compréhension de la loi n'est pas une condition suffisante de son efficacité. En effet, l'efficacité de la loi tient autant, sinon davantage, à la communication législative qu'au texte voté².

1. communication législative

Or cette communication législative ne peut plus se dérouler sur le modèle télégraphique de Jakobson mais doit se dérouler sur un modèle orchestral défini par Winkin. Selon ce modèle, le législateur tant dans la rédaction du texte que dans l'action de communication de celui-ci, qu'il doit mener dès les débats préparatoires au vote de la loi, doit s'efforcer de prendre en compte les attentes de tous les destinataires du texte.

Ceux-ci sont alors comparés à un orchestre dans lequel il faudrait s'efforcer, à chaque fois, que cela s'avère possible, de faire jouer ensemble tous les membres potentiels de l'orchestre. Une telle façon de procéder, grâce à une action de

¹ Mounin, *La linguistique comme science auxiliaire du droit*, Payot et Rivage, 1997.

² P. Delnoy, *La communication législative*, intervention au Vème congrès international de méthodologie juridique, Montreux, 24/27 septembre, 1997.

démagogie, au sens propre et non au sens péjoratif du terme, permettrait d'obtenir une efficacité de la loi fondée sur son «autorité». Elle serait alors sans difficulté appliquée de manière conforme à ce qui a été voté. La loi serait ainsi mieux connue, mieux comprise, mieux admise, donc mieux appliquée. Mais il arrive parfois que le législateur ne le souhaite pas réellement, car dans certaines circonstances l'expression législative, volontairement, ne correspond pas à la pensée profonde de l'auteur du texte de loi.

2. la pensée véritable du législateur

Mais se pose alors le problème des fausses notes de membres de l'orchestre qui, pendant le concert lisent une partition différente de celle du chef d'orchestre alors pourtant qu'elle émane du même compositeur. Comment résoudre ce problème? Les clefs d'analyse du discours en général, mises en lumière par la linguistique contemporaine expliquent bien comment se construit et se transmet le message émis par l'auteur d'un texte oral ou écrit. Le texte de la loi, toujours écrit, éprouve quelques difficultés à entrer dans ces schémas. La loi est généralement présentée comme la volonté du législateur¹. Cela tient en grande partie aux conditions d'élaboration du texte de la loi qui sont très différentes par leur nature des conditions d'élaboration des autres textes. Mais aujourd'hui, pour frapper l'opinion ou pour répondre aux sollicitations des différents groupes sociaux l'action politique a pris la forme d'une gesticulation législative². Elle se traduit par des textes dans lesquels l'implicite a souvent plus d'importance que l'explicite³. Ceci l'amène à multiplier : les lois spectacle, les lois de marketing politique, les lois trompe l'œil, les lois temporaires, les lois expérimentales, les lois brouillon d'une autre loi, les lois incohérentes les lois DDOS, (lois portant diverses dispositions d'ordre social) dont en vérité la qualité rédactionnelle nécessaire à leur bonne implication importe peu car elles sont plus destinées à frapper l'opinion qu'à avoir un caractère normatif.

Les «Lois spectacles»

Il s'agit là d'une catégorie, hélas de plus en plus importante en quantité, dont en vérité le texte importe peu. Dans ce type de texte ce qui compte aux yeux de son promoteur c'est la qualité rédactionnelle du communiqué du Conseil des Ministres qui accompagne l'annonce du projet de loi. Celui-ci doit parvenir à ancrer dans l'idée des citoyens que le promoteur du projet de loi a pris le problème à bras le corps et l'a

¹ Couderc et Bcane, *La LOI, méthode du droit*, Dalloz, 1994.

² P. Amauric, *Trop de lois tue la loi*, Journal du dimanche, janv. 2001.

³ A. Gyorgy, *Explicit and Implicit language rights*, intervention à la 8^e conférence académie internationale de droit linguistique, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, 24/26 mai 2002; S. Mastacan, *Compétence linguistique et performance juridique*, intervention, 8^e conférence académie internationale de droit linguistique, Mihail Kogalniceanu, Iasi, 24/26 mai 2002.

résolu. Ainsi en est-il des «emplois»- jeunes qui devaient aux dires de leurs promoteurs résoudre le problème du chômage et s'est traduit par une précarisation accrue des jeunes¹. Après quelques années de fonctionnement de l'expérience qui devait être limitée dans le temps (elle était initialement prévue pour 5 ans puis devait alors disparaître après avoir atteint son but) elle a été prolongée. En effet, 1/3 des jeunes sortis du dispositif le sont par un emploi précaire les autres y sont maintenus ou en sortent par le chômage. Ainsi aussi de la loi française dite de modernisation sociale, annoncée comme un grand progrès en la matière et qui devait mettre un frein aux licenciements boursiers et dont le texte définitif érige le licenciement économique, y compris les licenciements boursiers, en mode normal de gestion de l'entreprise², et revient très largement sur des conquêtes sociales précédentes au point que des juristes, spécialistes de la matière l'ont qualifiée de «loi de régression sociale»³ ou de la politique sociale de l'union européenne qui en matière d'emploi est bâtie autour du néologisme «employabilité» qui en bon français se traduit par capacité à accepter n'importe quel emploi dans n'importe quelles conditions⁴. A vrai dire, pour atteindre le but recherché ces «lois spectacles» pourraient se limiter à un article unique ainsi rédigé : «Vu le communiqué du Conseil des Ministres en date du... Monsieur X... Ministre de... a résolu le problème». Du moins c'est ce que croit l'opinion publique. Heureusement, même si leur nombre s'accroît dans des proportions qui à la longue pourraient devenir inquiétantes ces types de textes sont encore des exceptions. Le langage juridique sert aussi de plus en plus souvent à masquer des textes qui ont l'apparence de normes juridiques mais dont le but recherché se situe souvent ailleurs. On voit alors apparaître des textes qui formellement ont l'apparence de lois mais dont on peut peu douter qu'elles aient véritablement une fonction véritablement normative du moins pas toujours à titre principal et premier.

Lois de marketing politique

Ainsi par exemple de ces dispositions législatives annoncées comme devant permettre l'interdiction des licenciements boursiers et dont le résultat principal a été d'éviter à leurs auteurs les poursuites pénales que permettait la législation déjà existante⁵.

¹ S. BALLET, *La réforme de l'apprentissage : nouvelle étape vers la précarisation*, Dr. Ouvr., 1988 ; J.-P. Domergue, *Les formes juridiques et administratives de l'emploi précaire*, Dr. Ouvr., 1997.112 ; G. Seraud, *Le contrat jeune : L'invention du contrat de travail à durée indéterminée affecté d'un terme ?*, Dr. Ouvr., 1999.

² Loi du 17 janv. 2002.

³ RPDS, 2 janv. 2002, *Premier regard sur la loi de modernisation sociale*, ouvrage collectif sous la direction de Laurent MILLET, 2002.

⁴ M. Richevaux, *L'Europe sociale*, intervention lors du colloque Europe état des lieux université de Bourgogne, mai 2001.

⁵ M. Richevaux, *Fermeture d'usines, plans sociaux : la révolution c'est appliquer fermement la loi existante*, Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, bulletin scientifique n° 11..130, Editura CUGETAREA.

Lois trompe l'œil

Dans lesquelles la réalité concrète du dispositif est contraire à ce qui est annoncé ! De même pour les lois AUBRY relative à la réduction du temps de travail à 35 heures hebdomadaires qui, sous couvert d'une apparente réduction du temps de travail mettent en place une flexibilité accrue qui, par l'introduction dans le texte de la loi de la notion de temps de travail effectif comme mesure de celui-ci aboutissent en réalité à une intensification du travail entraînant l'augmentation du temps travaillé¹. Aussi de cette loi² qui derrière une nouvelle définition des délits non intentionnels cache une loi d'amnistie qui ne veut pas dire son nom et destinée à permettre d'assurer l'impunité des élus qui ne veut pas dire clairement ce qu'elle est et qui aura eu comme conséquence une aggravation de la répression ... pour les autres³.

Les lois expérimentales

Ainsi de la «loi quinquennale»⁴ votée pour 5 ans lors de l'année 1993 et qui a survécu à cette échéance. Les nombreuses lois destinées à faire disparaître ou au moins limiter le travail précaire⁵ caractérisé par leur inefficacité.

Les lois temporaires

Par exemple la loi «emploi»-jeunes⁶ qui devait disparaître au bout de 5 ans après avoir atteint son but proclamé : la disparition du chômage des jeunes mais le dispositif a été prorogé.

Les lois brouillon d'une autre loi

Ainsi, par exemple de la loi dite «Aubry I» relative à la réduction du temps de travail⁷ qui, dès son dépôt sur le bureau du parlement annonçait qu'elle serait revue ultérieurement par une autre loi qui est effectivement intervenue⁸ (loi Aubry

¹ M. Richevaux, *Les lois AUBRY relatives aux 35 h ou l'irrésistible ascension de la flexibilité innovations* n° 13 2001-1.

² Loi du 10 juillet 2000 modifiant l'art 121-3 Code pénal.

³ M. Richevaux, *Nouvelle définition des délits non-intentionnels, responsabilité pénale aggravée pour les employeurs en cas de décès ou blessures au travail*, Dr. Ouvr., 2001.

⁴ Loi du 20 décembre, sur l'ensemble de ses dispositions voir Dr. Ouvrier, décembre 1994, n° spécial, la durée et l'aménagement du temps de travail après la loi quinquennale.

⁵ Trop nombreuses pour être toutes citées.

⁶ Loi du 13 juin 1996.

⁷ Loi du 13 juin 1996 relative à la réduction du temps de travail dite loi Aubry I.

⁸ Loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction du temps de travail dite loi Aubry II.

II) relative à la réduction du temps de travail.

Les lois démission

Dans lesquelles le législateur se limite à tracer un cadre délégrant aux partenaires sociaux le soin de définir le contenu de la loi ¹.

Lois fourre-tout : DDOS portant diverses dispositions d'ordre social

Il s'agit de lois qui, à chaque session parlementaire ou presque sont votées à la «va vite» par quelques parlementaires qui au petit matin sont encore présents dans l'hémicycle pour remédier aux imperfections techniques de lois votées sur le même sujet à la session précédente et qui servent aussi à glisser, sans débat, dans un texte normatif des dispositions qui autrement auraient fait l'objet d'après contestations².

Les lois répétition

Il s'agit de lois qui, à quelques années d'intervalle, reprennent une loi votée précédemment de manière telle qu'elle s'avère inefficace obligeant le législateur à sans cesse se remettre son ouvrage ainsi par exemple les nombreuses modifications du code pénal destinées à lutter contre le travail dissimulé ³.

Les lois incohérentes

Ainsi, de la loi de modernisation sociale qui, dans un but affiché de plus d'efficacité contre le harcèlement moral à l'entreprise reprend des dispositions existant déjà dans le code pénal⁴ en diminuant les peines encourues mais en laissant aussi subsister ce qui, existait déjà en la matière.

Loi fourre-tout

Caractérisées par le regroupement sans aucune logique dans un même texte de loi de dispositions n'ayant aucun rapport entre elles⁵. Certaines comme par

¹ Lois Aubry précitées.

² P. Rennes, *En droit du travail : les dispositions diverses d'ordre social ou l'art d'accommoder quelques alouettes avec le mauvais cheval de la flexibilité*, Dr. Ouvr., 1985.371 ; L. Millet, *La sécurité sociale dans les lois du 3 janvier et 9 juillet 1984 portant DDOS*, Dr. Ouvr., 1985.

³ Voir les différentes versions des art 324-9 et suivants du code pénal.

⁴ F. Bayart et H. Labaye, *Harcèlement moral l'opportunité d'une nouvelle loi?*, mémoire, Université LILLE, mai 2002.

⁵ M. Gossens et S. Legrand, *Droit pénal du travail et modernisation sociale*, mémoire, Université LILLE, mai 2002.

exemple la loi de modernisation sociale réussissant même la performance de pouvoir entrer dans toutes les catégories précédentes. En dehors de ces hypothèses extrêmes, l'expression dans un texte susceptible d'être appliqué de la pensée profonde du législateur est largement tributaire des conditions de formation du discours juridique.

B) Formation du discours

Même si les deux notions ne se recouvrent pas exactement et s'il y a là une part d'abus de langage, voire d'incantation, tant une solution différente rendrait presque impossible leur tâche d'interprétation de la loi, les juristes ont pris l'habitude de considérer le langage législatif comme l'expression de la pensée du législateur, comme si celle-ci pouvait être et était entièrement contenue dans le langage, comme si le langage était le reflet exact de la pensée.

Ainsi, à lire la majorité des juristes, la loi est présentée comme l'expression de la pensée du législateur véhiculée par la lettre du texte appelée langage législatif. Une telle présentation a l'inconvénient de poser en principe qu'une pensée peut être toute entière contenue dans un langage et totalement exprimée par celui-ci, Bergson a démontré le contraire¹. Elle présente l'avantage de considérablement simplifier la tâche d'interprétation du juriste en réduisant à néant ou presque les nuances non exprimées de la pensée. En les gommant artificiellement, on rend possible une interprétation unique ou du moins susceptible d'unicité du texte voté, seule référence de son interprétation. La notion de texte clair est au centre de l'application du droit. Il semble bien que les conditions dans lesquelles s'élabore le texte de loi soient de nature à rendre un tel objectif sinon irréalisable du moins très difficile à atteindre. Le mot est plat, précis, déterminé et n'a aucune auréole. La pensée est toujours plus nuancée, plus riche. La pensée est toujours plus profonde que le langage. Mais alors, comment traduire toutes ces nuances dans un texte dont le but est qu'il soit appliqué par tous de la même manière et correspondent à une pensée unique d'un auteur unique? Mais justement, les conditions d'élaboration du discours législatif n'obéissent pas à un schéma permettant d'aboutir facilement à un tel résultat.

La linguistique contemporaine analyse le discours comme étant celui d'un auteur unique «JE», prononcé en un lieu non neutre «ici», énoncé au moment présent où il est prononcé «MAINTENANT».

Le discours législatif relève d'une pensée plurielle, plusieurs auteurs avec des pensées différentes qui ne se rencontrent pas toujours. Bien souvent elles ne le cherchent pas vraiment.

Je-S émis plus que prononcé en deux (les 2 chambres d'un parlement bicaméral) lieux qui se veulent neutres obligeant à chercher plus loin que le texte

¹ H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889, Payot réédition, PUF, 1997.

écrit de la loi.

Là et ailleurs énoncé au présent mais pour l'avenir. Si l'acte d'énonciation est fait au présent il s'appliquera au futur. Demain.

A cet égard les clefs de l'analyse du discours, considéré comme expression de la pensée de celui qui le prononce, que nous fournit la linguistique contemporaine sont partiellement inadaptées au discours juridique.

Elles s'appliquent assez facilement au discours en général analysé comme le propos d'un auteur unique JE.

Précisons cependant que le lecteur du texte ou celui qui reçoit un texte oral participe à sa construction et peut être qualifié d'auteur, lui aussi.

En effet, il n'y a pas d'unicité du sujet car même si le texte est produit par une seule personne, un auteur unique, le destinataire y collabore¹.

Prononcé en un lieu unique ICI, le support du discours est de nature à avoir une influence sur son contenu. Les politiques l'ont bien compris en ce qui concerne l'utilisation de l'audiovisuel pour faire passer leurs messages.

On peut s'autoriser à penser que la rédaction du texte finalement voté peut être très différente selon que les débats qui la précèdent feront ou non l'objet d'une retransmission télévisée.

Pour le présent MAINTENANT. En effet, dans bien des cas le devenir futur du texte est relativement indifférent à celui qui l'émet. Celui-ci ayant en vue l'émission d'un message oral pour le moment où il parle ou d'un message écrit pour lequel la pérennité n'est pas forcément déterminante dans ce qu'il écrit. Il veut qu'aujourd'hui on connaisse sa pensée du moment, qui demain pourra sans dommage pour son discours présent être oubliée ou même avoir changée. L'universitaire espère souvent sans trop y croire que son discours exprimé dans ses cours sera compris et retenu au moins jusqu'au moment des examens... Il y a lieu cependant de distinguer l'écrit et l'oral. L'oral s'efface dans le maintenant, il n'est pas besoin de le dater. L'écrit est à chaque fois réactualisé dans les lectures: sa date d'écriture importe donc. Ces éléments résumés dans la triade énonciative (de Benveniste précité) sont de nature à avoir une influence déterminante sur le contenu du message transmis par le texte de l'auteur. Cela sans que celui-ci ne s'émeuve outre mesure de la réception par son lecteur d'un message différent de celui émis/transmis par le texte écrit. L'auteur d'un texte littéraire sait très bien que celui-ci n'est que prétexte à interprétations virtuelles. Le poète s'adresse autant à la sensibilité du lecteur² qu'à un «déchiffrage» par ce dernier du texte écrit. Même si une telle affirmation mérite d'être nuancée, peu importe à un poète que ses écrits soient transformés par ses lecteurs en un texte différent de celui dont il est l'auteur. Le philosophe émet une opinion dont il sait bien qu'elle court le risque d'être mal

¹ J. Lacan, *Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse*, Ecrits Ed. du Seuil, 1966, pp. 237.

² Voir par ex. M. Eminescu, *Elégies et sonnets* ou P. Eluard, *Œuvres complètes*, La Pleiade ou bien d'autres.

comprise, critiquée, discutée, c'est même parfois pour cela qu'il l'émet. Dans ces types de textes, le message reçu peut fort bien et sans conséquences graves être très différent du message émis car ils n'ont rien de normatif. Leurs auteurs ne cherchent pas à imposer à leurs lecteurs un modèle de comportement. Or c'est par-là qu'ils diffèrent du texte législatif qui, lui, a une vision normative.

Le législateur lorsqu'il édicte un texte de loi espère par-là modifier le comportement du citoyen et cela dans le sens voulu par le texte qu'il écrit. Cet aspect du texte correspond à ce que Jakobson appelle la fonction conative du langage¹ présente par exemple dans l'impératif. Elle se traduit par le fait que le langage juridique en raison de son caractère normatif est prescriptif et que les temps utilisés sont le plus souvent l'impératif, le présent et/ou le futur qui dans la norme d'interprétation de la loi a valeur d'impératif.

Mais qui est LE législateur, ce personnage unique aux multiples visages? Peut-on le reconnaître dans JE et comment l'identifier?

Les conditions d'élaboration du discours législatif expliquent en grande partie les difficultés éprouvées par un texte de loi confronté à une pratique qui ne reçoit pas toujours le même message que celui qui a été émis par le législateur qui a rédigé le texte de loi à appliquer. A y regarder de plus près la pensée du législateur est beaucoup moins unique que ne pourrait le faire croire une analyse superficielle du texte voté. Pour les praticiens du droit privé la délibération législative est moins le champ clos d'une joute politique que le mode de formation d'une règle de droit². L'un des objectifs de la loi est de faire en sorte que la décision prise, le soit après qu'une information aussi complète que possible ait été fournie et que, sur le texte faisant l'objet de l'examen, le maximum d'opinions se soient faites entendre. Mais le travail législatif est souvent aussi présenté, à juste titre, comme un parcours d'obstacles dans lequel chacun cherche plus à faire prévaloir son point de vue qu'à participer à l'élaboration d'une œuvre commune. Ceci rend parfois difficile l'élaboration de la synthèse qui devra sortir de la délibération et relativise beaucoup l'unicité de la pensée du législateur dont parlent les juristes. Dans ces conditions, une synthèse, qui d'ailleurs n'est pas forcément souhaitée, n'est pas toujours facile à obtenir. Lorsqu'elle se réalise c'est souvent par le recours à des standards souples pour lesquels l'accord est d'autant plus facile que chacun des protagonistes ne mette pas le même contenu dans les différents termes utilisés pour écrire le texte qui sera voté. Situation qui bien sûr compliquera singulièrement la tâche de l'interprète. Ainsi, les formules d'écritures de la loi sont parfois plus des «perches» en vue de telle ou telle interprétation future du texte qui se rédige qu'un message clair à destination des lecteurs/utilisateurs. De ce point de vue la génétique, discipline qui s'est

¹ R. Ch. Jakobson, *Linguistique et poétique. Essai de linguistique générale.*, Cou., arguments, Ed. de Minuit, 1963, pp. 216-217.

² M. Couderc et J.-C. Becanne, *La loi*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994.

développée ces dernières années et dont l'objet est l'étude de l'élaboration du texte littéraire à travers les brouillons d'un auteur (effacement, ajout, trous formation, retouche, etc. ...) pourrait être utilisée dans l'étude du texte de loi définitif qui efface tout le procès de sa production comme il efface la multiplicité de ses énonciateurs. Cela d'autant plus que l'interprétation du texte de loi par la référence aux travaux préparatoires aussi appelés brouillon de la loi présente quelques similitudes avec la génétique littéraire.

Compte tenu des conditions d'élaboration de la loi la pensée du législateur devient plurielle. Elle résulte d'une délibération qui prend souvent la forme d'affrontements ce qui nuit à l'unicité du discours au point d'entendre parfois parler d'une pluri paternité de la loi¹ qui n'est pas faite pour permettre d'aboutir automatiquement à un texte caractérisé par sa clarté, encore que l'une des vertus du débat parlementaire soit de permettre grâce au débat d'améliorer sa qualité technique. Ce résultat est souvent obtenu au Sénat, le purement politique ayant tendance à s'exprimer plus à l'Assemblée Nationale qu'au Sénat, où l'on semble porter plus de soin au texte lui-même alors que l'Assemblée semble s'attacher plus au caractère politique du message. Le message émis étant dès le départ double et parfois relativement contradictoire. Même si en définitive le texte adopté est le même s'il s'agit d'un texte polyphonique. Aujourd'hui, les majorités plurielles composées de groupes dans lesquels la liberté de vote de chacun des membres tend à devenir la règle remplace les majorités de «béné oui oui»² enfermées dans des groupes à la discipline de fer dont le non-respect signifiait pour l'intéressé l'exclusion automatique, ou presque, dans lesquels la liberté de vote était tout à fait exceptionnelle au point que l'on pouvait presque compter les votes par groupes et non par individu et que ceux qui avaient des états d'âmes sur un projet ou une proposition que leur groupe s'appêtait à voter ne pouvait guère les exprimer qu'en dehors du cadre parlementaire et encore. Dans la situation actuelle, le résultat est bien souvent qu'au moment du vote l'expression du groupe parlementaire l'abstention justifiée par le non-dit et pendant les débats une très grande liberté d'expression de chacun de ses membres, d'autant plus grande que si le groupe ne souhaite pas refuser le texte présenté par un gouvernement dont il est un membre il souhaite souvent fortement l'amender ou au moins marquer fortement sa différence sans cependant aller jusqu'au net refus du texte proposé. Mais cet aspect des choses change avec les majorités plus elles sont massives plus on revient au premier schéma de fonctionnement. Ainsi, aujourd'hui plus encore qu'hier chaque projet ou proposition correspondant à l'origine à une pensée unique, qu'on peut espérer cohérente, se trouve livrée aux voies de faits de n'importe quel parlementaire. Qu'arrive-t-il? Chacun dans une intention souvent excellente enlève un morceau de chair au pauvre projet primitif pour le remplacer par un emplâtre à sa façon si bien

¹ P. Savatier, *L'art de faire les lois*, Sirey, 1927.

² A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Flammarion, 1997.

que, tronqué, écartelé, défiguré, ce malheureux projet clopine de chambre en chambre et risque trop souvent de finir, avec trois têtes, un seul bras et six pattes respectivement engendrées par autant de parlementaires, pour être adoptés quand même par des pères aveugles sur la monstruosité de leur enfant.

En fait, bien souvent le législateur n'a qu'un rôle réduit dans la construction de la loi. Le projet ou la proposition de loi qui se trouve déposé sur le bureau de l'Assemblée parlementaire qui n'est considéré, en général, qu'en tant que point de départ de toute la procédure législative est déjà en réalité l'aboutissement de tout un cheminement plus ou moins obscur à travers les cerveaux, les groupes divers, les tiroirs de l'administration de certaines idées dont l'origine est souvent fort difficile à identifier et qui ont été progressivement amplifiées, amendées, enrichies ou tronquées, avant de faire l'objet de l'initiative au sens formel. La genèse de l'initiative est inséparable de l'initiative elle-même et la complexité de cette genèse est évidente¹. Dans un tel cheminement la marge du parlementaire au moment du débat peut être très réduite par les effets de la genèse du texte avant débat mais elle est rarement nulle. Ce cheminement en pratique se traduit par des écrits qui sans en avoir le statut sont bien proches d'un avant-projet de texte mais dont là aussi les auteurs sont multiples et pour certains quasi inconnus.

Quoi de plus difficile que d'essayer d'analyser la naissance d'une idée, d'en déterminer la paternité ? D'autant plus qu'elle n'est pas toujours revendiquée par ceux de qui elle émane et que les auteurs peuvent être multiples. La loi est le résultat d'une transaction qui s'opère tout au long de son processus d'élaboration et elle aussi commence bien avant le débat au Parlement. Transaction acceptée, parfois refusée, avec par exemple une circulaire d'interprétation du texte voté, rédigée de telle manière qu'elle présente comme norme d'interprétation correspondant à l'esprit du législateur, le point de vue qui a été soutenu par le gouvernement et refusé par le Parlement, comme ce fut le cas pour certains aspects du nouveau code pénal français de applicable depuis 1994². La loi doit être l'expression de la volonté générale. Or actuellement elle semble avoir quelques difficultés à remplir ce rôle. La loi perd de sa clarté et de sa cohérence. Elle tend à devenir non plus l'expression de la volonté Du Législateur qui garde quelque hauteur de vues, mais l'expression d'un législateur «la tête dans le guidon», qui semble n'avoir ni la possibilité ni même l'envie de prendre le recul nécessaire par rapport aux problèmes de l'instant présent.

La loi par sa technicité et sa spécialisation croissante apparaît de plus en plus comme l'expression de la volonté de technocrates sans aucune légitimité ou celle de groupes de pression exprimant les intérêts de catégories sociales ou socioprofessionnelles précises, on parle de l'opinion publique, classes sociales,

¹ S. Bastid-Burdeau, *La genèse de l'initiative parlementaire*, 1997, p. 22.

² Circ. application nouveau Code pénal, Dalloz, (annexe).

syndicats, partis politiques, forces obscures¹ dont chacune lutte pour obtenir une règle jugée la plus favorable à ses intérêts. Autant que l'œuvre des parlementaires la loi tend à devenir celle d'éléments largement extérieurs au Parlement. Le projet qui est à l'origine de la loi est bien souvent le résultat de réflexions de technocrates, qui n'y voient que le moyen de résoudre le problème qui leur est posé. Pour eux, le Parlement devient seulement un moyen de passage obligé pour transformer leur projet en loi. Ils se satisferaient bien d'une procédure législative limitée à l'application systématique d'un vote bloqué sans débat préalable si cela ne posait pas tant de problèmes politiques au gouvernement qui y recourt (adoption sans débat du texte dès lors que le gouvernement engage sa responsabilité mais il risque d'y périr)². Les juristes que l'on trouve au secrétariat général du gouvernement qui sont chargés de la mise en forme des projets et qui pourraient s'ériger en spécialistes de la rédaction des textes à vocation législative ont une conception de leur rôle qui les poussent à s'effacer derrière le politique, même si la qualité technique et rédactionnelle du texte doit en souffrir. Des éléments extérieurs pèsent d'un poids non négligeable, même parfois considérable, dans l'élaboration de la loi, ainsi, en France, les parlementaires ont de plus en plus tendance dans le texte qu'ils s'approprient à voter, à interioriser la jurisprudence en général et celle du Conseil Constitutionnel en particulier³. Ainsi, le caractère polyphonique du texte auquel on parvient ne se reconnaîtrait plus vraiment dans le JE mais dans un je-S destiné à marquer son caractère à la fois unique et pluriel.

Dans sa neutralité recherchée le Journal Officiel (lois et décrets), qui se limite à la publication brute sans aucun commentaire du texte de la loi votée dont le message manque parfois de clarté, oblige alors l'utilisateur de la loi pour la déchiffrer et en comprendre le sens, à se reporter d'abord au Journal Officiel des débats qui dans le même souci de neutralité ne publie, sans aucun commentaire, que l'intégralité des débats qui ne sont en fait qu'une infime partie du processus d'élaboration de la loi obligeant l'utilisateur à chercher aussi ailleurs la volonté du législateur et à la trouver dans des commentaires doctrinaux qui peuvent être largement empreints de la subjectivité de leur auteur et celle-ci ne correspond pas toujours à ce qu'a voulu ou exprimé le législateur. Il en est de même lorsque l'utilisateur de la loi cherche son sens en se référant à la jurisprudence et aussi à une interprétation du texte qui correspond plus à ses intérêts qu'à la volonté réelle du législateur ainsi le ICI non neutre deviendrait plus Ici et là ailleurs en fait bien moins neutre qu'il n'y paraît. La prolifération du juridique a comme conséquences des dispositions légales et réglementaires devenues trop nombreuses pour être connues,

¹ P. Rippert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955.

² Article 49.3 cont. Française.

³ F. Saramito, *Non grévistes contre grévistes ou... les préjugés de la chambre sociale de la Cour de cassation*, obs. Cass. soc. 8 décembre 1983, *Droit ouvrier*, 1984, p. 199 ; Fraissek, *Le Conseil constitutionnel et le législateur : collaboration ou concurrence*, Petites affiches, 23 juillet 1990, p. 10.

trop techniques, trop mal rédigées pour emporter la conviction. Elles sont souvent mal appliquées, souvent mal comprises tant il devient de plus en plus difficile de se limiter à la lettre du texte souvent insuffisante pour permettre son application. Ainsi, le texte appliqué par le praticien et/ou le juge n'est plus celui écrit par le Parlement mais un autre texte reconstruit par la subjectivité de ses lecteurs à l'aide de matériaux divers, commentaires doctrinaux, jurisprudence antérieure à la question ou relative à des questions proches résultats d'applications souhaitées par les praticiens dont le texte lui-même n'est en fait qu'une infime partie. Les lieux où l'on trouve le sens du texte deviennent divers officiels et officieux, on est alors obligé pour déterminer le sens, de la loi de «pécher» Ici et là journaux officiels (lois et décrets, débat), ailleurs là où peuvent se trouver divers commentaires de textes votés. Ici on pense évidemment à l'exégèse biblique aussi à celle des juristes du siècle dernier qui grâce à l'apport de la linguistique contemporaine pourrait bien connaître une nouvelle jeunesse et ailleurs (recueils juridiques divers).

Demain

Le caractère normatif du discours juridique dont le but recherché est d'obtenir une modification des comportements de ses lecteurs oblige l'auteur à se soucier plus du devenir de son texte que de son présent s'il énonce son texte aujourd'hui (maintenant) il parle pour le futur demain. Il écrit pour demain, il cherche à obtenir une application effective de ce qu'il écrit. Dans cette optique, il est important pour un législateur soucieux d'efficacité de chercher à inclure dans le texte qu'il écrit tous les éléments de nature à faciliter la compréhension de son message par ses destinataires. Pour cela la loi qui aujourd'hui bavarde précaire banalisée devrait être solennelle brève et permanente. Aujourd'hui dès lors qu'il a la volonté politique correspondante le législateur dispose des moyens techniques lui permettant d'y parvenir.

Ainsi, on s'aperçoit que l'effectivité de la norme juridique passe par un texte à la rédaction soignée qui ne peut se faire que lorsque son auteur est capable de faire des choix de sociétés concernant les valeurs qu'il souhaite promouvoir et celles qu'il estime suffisamment fondamentale pour mériter des sanctions pénales et que de plus il accepte d'assumer toutes les conséquences de ses choix.

*

* *

*Judicis fragunt: odium, ebrietas, favor, aurum*¹

¹ „Judecata o distrug: ura, ebrietatea, favoarea, aurul” (Medieval), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 134.

THE AMERICAN JUDGE'S APPROACH TO THE JUDICIAL TASK: A BRIEF INTRODUCTION¹

Thomas C. Rawlings

For the lawyer or judge trained in the civil law tradition and in the formal schools of juridical hermeneutics, the approach to interpreting the law taken by judges in common law jurisdictions, such as the United States, often may seem like a scene from an Old West movie: wild, lawless, "frontier justice." There may be some truth to that assertion. After all, while the civil law developed in an environment of explicit, detailed legal codes supplemented by the work of learned scholars, the common-law system developed, to a great extent, in an environment in which the judge *was* the law and where legal formalism was often less important than the equities of each case².

This article will by no means attempt to address comprehensively the manner in which judges in the United States interpret statutes and laws. Rather, this article will give the perspective of one U.S. judge – the author – regarding the general approaches he and his colleagues take to solving legal dilemmas, cases, and questions. Before addressing this issue, however, it may be helpful to understand the basic history and structure of American Courts.

The Basic History and Structure of American Courts

First, when we discuss the "American" judicial system, we must remember that there are actually 51 judicial "systems" in the United States. Each of the 50 states of the United States has its own independent judiciary, and the federal (national) government also has its own.

State Courts

At the state level, the names and functions of the various courts differ. The judicial system of Georgia is typical of the judicial structure in each state and can be used as an example. For the sake of simplicity, this description will omit a few minor courts in Georgia, such as municipal (city) and recorders' courts, which generally

¹ Text oferit de colaboratorul Facultății de Drept, judecătorul american Thomas C. Rawlings, preocupat de aspectele judiciare ale hermeneuticii juridice.

² See generally Apple, J.G., and Deyling, R.P., *A Primer on the Civil Law System* (U.S. Administrative Office of the Courts).

handle traffic fines and minor infractions.

Georgia's Courts are created by the Georgia Constitution¹. The primary court of general jurisdiction in Georgia is the Superior Court, which has jurisdiction over all civil cases, felony crimes, cases involving title to land, divorces, and equitable actions². Both jury and bench trials are held in this Court. Superior Courts are organized in circuits, which are geographic areas that may cover from one to eight counties. From the Superior Court one generally has the right to file an appeal to the Georgia Court of Appeals³, which reviews decisions of the lower courts for error.

The Court of Appeals has 11 judges, and each case is reviewed by a panel of three judges. It is possible that, if the three judges do not agree and all the judges believe the case to be an important one, that all the Court's judges may decide the result in the case by majority vote. As with all American appellate courts, the judges explain their decision in a written opinion that gives guidance to other judges on the correct application of the law.

A few types of cases may be appealed directly to the state's highest appellate court, the Georgia Supreme Court from the trial court⁴. Among the types of cases that can be appealed directly to the Supreme Court are convictions of murder, legal questions involving the constitutionality of a statute, decisions regarding title to land, and decisions in which an injunction or other equitable remedy was granted. In some types of cases, such as most domestic relations, there is no right to direct appeal, but the Supreme Court may choose to grant a discretionary appeal. The system of discretionary appeals can result in lack of appellate direction for trial courts. The Supreme Court's nine justices meet and determine, by majority vote, the result in each case. In most cases, however, a decision by the Georgia Court of Appeals ends the decision-making process because there is no *right* to appeal to the Georgia Supreme Court. Rather, the Supreme Court grants appeals on a discretionary basis by issuing a *writ of certiorari*. It grants such writs only when the Court of Appeals has made a serious error or when the issue of law is important and must be settled.

History of Georgia's courts

Georgia's courts were not always so structured. The state began in 1733 as a colony of Great Britain, and even after the American Revolution the courts were not well-organized. In the late 1700s and early 1800s, Georgia was still a frontier state, and its courts reflected the frontier nature of the society. Until 1836, there were no appellate courts in Georgia, and the Superior Courts often made inconsistent decisions that were often based on the individual judge's beliefs and which were not

¹ Ga. Const. 1983, Art. VI, § I, Para. 1, available at http://www.sos.state.ga.us/elections/2003_constitution.pdf.

² Id., §IV, Para. 1.

³ <http://www.gaappeals.us>

⁴ <http://www.gasupreme.us>

subject to review. In 1825, Judge William Schley wrote:

“Under such a system, it is next to impossible to ascertain what the law is, for the decisions of no one circuit are evidence of the law in the others, nor indeed in the same, longer than the judge who made them happens to remain on the bench”¹.

The result of such complaints was the creation of a Supreme Court for the State of Georgia, whose judges could render consistent opinions on the law and whose opinions would be binding on all the courts of the state.

It is also helpful to remember that early in the history of the United States, many laws – even criminal laws – were not codified into statute. In Georgia, statutory and judge-made common law of England as it stood on May 14, 1776 was adopted as the law of the state². As the nation developed, especially during the 19th century, legislatures began to take the common law principles and enact statutes reflecting them. Often, the legislature would take a legal statement found in a written opinion of one of the appellate courts and enact that statement as a statute within the state’s official code of laws³. Thus, in some cases the legislature merely relied on what *judges* thought the law was to determine what should be added to the state’s code of laws. In other cases, the legislature would enact written statutes designed specifically to change the old common-law rules or to address new problems and situations that had not been addressed by the common law. As discussed below, even today American judges may interpret statutes differently based upon whether the statute was simply a legislative statement of the common law or a new statute that did not have the common law as its basis.

Today, most American appellate courts review lower court decisions only for errors of law and procedure. Questions of fact are left to the trial court and to the jury (when one is used). A statement typical of the appellate courts’ view of its role is that “when deciding an appeal, [the appellate court] does not evaluate witness credibility, evidentiary conflicts or inconsistent testimony, as these matters are within the finder of fact’s exclusive province”⁴. A case will be reversed on an issue of fact only when the finding of that fact was “clearly erroneous”⁵. Similarly, the appellate court will reverse a criminal case for insufficient evidence only when “no reasonable finder of fact” could have found the defendant guilty⁶.

It is possible to appeal from the state system of courts to the federal system in limited cases, as discussed below.

In addition to the Superior Courts, there are numerous specialized courts in

¹ Quoted in Hill, Harold N. Jr., *A History of the Supreme Court of Georgia, 1946-1996* (2005).

² Prince’s 1822 Digest, p. 570; Cobb’s 1851 Digest, p. 721; and Code of 1863, Section 1, paragraph 6.

³ See generally Surrency, *The Georgia Code of 1863 and Its Place in the Codification Movement*, *Journal of Southern Legal History* Vol IV No. 1, p. 1 (1996).

⁴ *McClure v. State*, 278 Ga. 411, 411-412 (Ga. Supreme Court, 2004).

⁵ *State v. Ray*, 272 Ga. 450 (2000).

⁶ *Jackson v. Virginia*.

Georgia. These include the juvenile court, which handles all cases involving children who commit crimes and children who have been neglected or abused¹; the state court, which is the court for prosecution of misdemeanor crimes; the probate court, which administers wills and estates of deceased persons and also is the court that creates and oversees guardianships for incapacitated adults and for minors; and the magistrate court, which issues warrants to law enforcement officers to search for contraband and to arrest and set bond for individuals who may have committed a crime. Magistrate court also serves as a type of “people’s court,” having jurisdiction over small claims where individuals often represent themselves.

Federal Courts

The federal courts are the courts of the national government of the United States. They are created by the United States Constitution² and by the U.S. Congress. Each state has at least one Federal District Court, and many states have several. This court is the basic federal trial court. Access to the federal courts is limited, however, by the United States Constitution and by statutes. In general, a person may file an action in federal district court only if (1) the defendant (other party) is a resident of a different state and the case involves a significant amount of money; or (2) the case involves a question of federal law; or (3) the United States is a party to the case. (There are other provisions that give federal courts jurisdiction over admiralty cases, cases involving ambassadors, etc)³. Therefore, most cases must be brought in the state courts.

When a case is brought in federal court, jury trials are available. There is a general right to appeal from the federal district court to the federal Courts of Appeal, which are divided into geographic circuits that include multiple states⁴. As with the Georgia Court of Appeals, the federal Courts of Appeal convene three-judge panels to determine each case. It is possible, however, that all the Court’s judges will meet *en banc* to decide important cases.

The highest court in the United States is the United States Supreme Court⁵, which has nine justices. The United States Supreme Court’s pronouncements have, throughout American history, been extremely important. Over 200 years ago one of the first Chief Justices of the Court, John Marshall, declared the role of the Supreme Court in interpreting laws and in overruling those laws found to violate the United States Constitution. “It is emphatically the province and duty of the judicial

¹ Official Code of Georgia Annotated, § 15-11-28, available at <http://www.legis.state.ga.us/legis/GaCode/index.htm>

² U.S. Constitution, Art. III, Sec. 1, available at <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>

³ U.S. Constitution, Art. III, Sec. 2.

⁴ For a map of the federal circuit courts of appeal, see <http://lawschool.westlaw.com/federalcourt/federalcourt.asp?&mainpage=19&subpage=2&appflag=38>

⁵ <http://www.supremecourtus.gov/sitemap.html>

department to say what the law is," Marshall wrote in the case of *Marbury v. Madison*¹. There is no right of direct appeal to this Court, and appeals are granted at the court's discretion by *writ of certiorari*. Of the 7,000 cases the Supreme Court considers each year, it will only hear and decide about 90. Those 90 cases, however, are widely watched by lawyers and the public and often involve some of the toughest legal, social, and political issues of our day.

Relationship between State and Federal Courts

The "Supremacy Clause" of the United States Constitution² declares that the Constitution, followed by treaties and laws of the National government, are the "supreme law of the land" in the United States. In addition to the basic text of the Constitution, the Bill of Rights and other amendments to the U. S. Constitution give individuals certain rights that neither the national nor state governments may infringe. The United States Congress has enacted laws further guaranteeing these rights – for example, the right to be free from racial or sexual discrimination and the right to be free from unlawful arrest. Therefore, the United States Supreme Court sometimes reviews cases from the highest court in each state to determine whether the state law violates a guaranteed federal right. The case may arrive at the United States Supreme Court by appeal or through a process called *habeas corpus*, through which a prisoner in a state prison can complain to a federal district judge that he has been wrongly confined in violation of his rights. While a state constitution or law can provide a person with *greater* rights than the federal constitution³, if the state law or constitution provides *lesser* rights the law or constitutional provision will be struck down by the Supreme Court as unconstitutional.

As an example, we can take the case of *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)⁴, a case involving the right each person has under the United States Constitution to assistance of counsel in a criminal trial⁵. There, Mr. Gideon appeared in a Florida state court charged with a felony and asked the judge to provide him with a free attorney because he was unable to afford to hire one. The judge responded that under Florida law, Mr. Gideon would have the right to a free attorney only if he were charged with a capital offense – that is, an offense for which he could receive the death penalty. He was convicted in state court and lost all his appeals to the state's highest court. Later, however, the federal courts granted his petition for *habeas corpus* and the U.S. Supreme Court took up his case. In its decision, the high court determined that the only way Mr. Gideon and other criminal defendants could exercise their right to an attorney in a criminal case was to require

¹ 5 U.S. 137 (1803), available at <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>

² Art. VI, Clause 2.

³ *Grissom v. Gleason*, 262 Ga. 374 (Ga., Supreme Court 1992)

⁴ Available at <http://www.constitution.org/ussc/372-335.htm>

⁵ United States Constitution, Amendment VI.

the states to provide such attorneys free of charge. Therefore, the Supreme Court decreed that Florida's statutory provision was constitutionally inadequate. Now, thanks to the Supreme Court's decision, every state provides free attorneys to all criminal defendants who are indigent and who might face jail if they are convicted.

The Judge's Role

In the Louvre in Paris sits a large, black diorite stone on which is written the first legal code, the Code of Hammurabi from ancient Sumeria. Atop the stele is sculpted a picture of the lawgiver, the king, metaphorically giving the laws to his people. In the common law tradition, it is often the judge who is the lawgiver, interpreting the laws for the public and also expounding the laws to the finder of fact, the jury.

Judges as Interpreters of the Law

Given the American structure of trial and appellate courts, how is it that judges in the United States are to decide cases and interpret the law? Generally, judges rely on a certain number of interpretative rules and tools and on case precedent. Before a judge can interpret a statute or law, however, he or she must have a properly-raised legal issue before the Court. Our first task, then, is to examine how these legal questions arise and how they are properly framed.

How questions arise before the Courts

In the **trial courts**, questions of legal interpretation generally arise in the course of legal actions when attorneys make written or oral "motions" asking the court to rule on a certain issue. For example, if there is no material dispute of fact in a case, and only a question of applying those facts to the law and interpreting the law to find the proper result, a party can move for "summary judgment" and ask the Court to decide the matter without further ado¹. Other, similar motions include a "motion to dismiss for failure to state a claim," in which a party argues that even if the facts as alleged were proved, the law would provide no relief;² and a "motion for directed verdict," in which a party claims the evidence presented demands, as a matter of law, a certain result³.

In the **appellate courts**, legal questions generally arise on appeal from the trial courts when (1) an issue has been properly raised and ruled on by the trial court⁴ and (2) properly noted as an issue for appeal and argued to the appellate court⁵. (There are some exceptions to this rule, especially in criminal cases where to

¹ *Crown Ford v. Crawford*, 221 Ga. App. 881, 882 (1996).

² *Cooper v. Unified Gov't of Athens-Clarke County*, 275 Ga. 433, 434 (2002).

³ *Flores v. State*, 277 Ga. 780, 782 (2004).

⁴ *Ellison v. State*, 216 Ga. App. 639, 641 (1995).

⁵ *Bragg v. State*, 226 Ga. App. 588 (1997).

penalize the appellant for failing to follow procedure would deny him justice)¹. There are also avenues for courts to ask for assistance from higher courts in interpreting the law. For example, a state or federal trial court can certify a question for immediate review by the state's supreme appellate court².

And when courts *do* interpret the law, they usually do so in a narrow manner. At the trial court level, for example, two parties may file an action with the court seeking a declaration by the court of their rights and responsibilities. Such "declaratory judgment" actions, however, must involve an actual dispute where the parties are truly unsure of their rights and in immediate need of an answer. The court system in the United States is designed to solve actual problems and does not give "advisory" legal opinions³. At both the trial and appellate levels, courts make a great effort to address only those legal issues *essential* to deciding the case. In the appellate arena especially, courts will look carefully to determine if a legal question must be answered. Put simply, an appellate court may decline to address a legal issue if (1) the resolution of the issue would not affect the outcome of the case ("harmless error"); (2) the issue need not be reached in the case, because another legal issue determines the outcome; or (3) the parties have failed to properly raise the issue and, therefore, have waived their right to have it determined⁴. Thus, by focusing narrowly on issues essential to the case at hand, U.S. courts maintain the tradition of a limited judiciary that focuses its relief only on the case at hand and create concise, clear legal opinions that may be followed by other courts. This approach helps maintain the independence of the judicial branch by ensuring that institutional limits are observed and that the courts do not invade the province of the legislature. The importance of operating from a framework where the Court strives to not interpret laws or create laws in a fashion that oversteps the function of the judiciary will become clearer when one explores the tools of statutory interpretation that are available to the American Judge. These tools will be discussed below.

The Case Precedent System

As we have seen, the courts of the United States are hierarchical not only in structure but also in influence. That is, the lower courts look to the higher courts for guidance in interpreting the law. American courts are descended from the English common law system. That system was originally devised as a way to provide individualized justice in cases that were not clearly covered by a written statute. As the system developed, judges began to use tradition as their guide. Thus, today

¹ *Medina v. State*, 234 Ga. App. 13, 15 (1998).

² For example, OCGA § 5-7-2; OCGA § 15-2-9.

³ *Gwinnett County v. Blaney*, 275 Ga. 696, 704 (2002).

⁴ When the author was a young staff attorney at the Georgia Court of Appeals, he called this trio of questions the "Three W's" test. The first question, of harmless error, could be rephrased as "Who Cares?"; the second, concerning other dispositive issues, invited the court to determine if there was a "Way Around" the issue; and the third question, of course, asked if the issue had been "Waived" by the parties.

courts in the United States respect the decisions that have been made by prior courts of the same or of a higher level in the same jurisdiction on the same facts, a principle known as the *case precedent* system. Berman and Reid describe the system succinctly¹:

"The modern doctrine of precedent--that judicial decisions are an authoritative source of law, binding on courts in later analogous cases--requires a sharp distinction between statements made by judges that are necessary to their decisions and those that are not necessary. Only those reasons that are necessary to a given decision can constitute the legal principle or principles for which the case 'stands.' Whatever a court says in its opinion in a given case that is not necessary to the decision is not binding on courts in future analogous cases; it is only 'dictum,' something that was only 'said,' or 'obiter dictum,' something that was 'said in passing.' What is binding are the 'holdings' of the cases, namely, those reasons upon which the decisions are necessarily based, that is, reasons that are implicit in the decisions and are not only sufficient, but also essential to their explanation. It is the holdings of cases, not what the courts said, but what they did, that constitute rules of law binding in future analogous cases."

Closely associated with the case precedent system is the doctrine of *stare decisis*, which declares that the decisions of higher courts as to "what the law is"² are binding on the courts below them within the same jurisdiction. This doctrine brings stability to the law and allows parties to better understand their rights when making decisions. Lower courts must respect the precedent of higher courts with jurisdiction over the same issue, and even prior decisions from courts in other jurisdictions have persuasive value³. As the United States Supreme Court has said,

"*Stare decisis* reflects a policy judgment that in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. It is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process."⁴

Of course, a lower court is more "bound" by case precedent than a higher court, as lower courts are required to apply a higher court's interpretation of the law *unless* the court can determine that the facts and circumstances in the case are so different as to make the controlling appellate opinion inapposite.

Let us review two examples of how case precedent and the rule of *stare*

¹ Berman & Reid, "The Transformation Of English Legal Science: From Hale To Blackstone," 45 *Emory L.J.* 437, 447 (Spring, 1996).

² See *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803).

³ *Armstead v. State*, 255 Ga. App. 385, 387 (Ga. Ct. App. 2002).

⁴ *State Oil Co. v. Khan*, 522 US 3 (1997).

decisis may be applied by the trial and appellate courts.

First, let us take as an example an actual case pending in a Georgia Superior Court¹. In this case, the defendant has been convicted of numerous serious crimes, including armed robbery – that is, using a pistol to rob a clerk at a store. In addition, because he was previously convicted of possessing stolen property, he has been charged with and convicted of possessing a firearm *after having been convicted of a prior felony*, a statutory criminal offense for which a person can receive up to five years in prison². At the sentencing, the prosecution wanted to use the same prior conviction as evidence to show the defendant should be sentenced to life in prison without possibility of parole under a statute applicable to repeat offenders³. The defendant's attorney argued that because the prosecution had already used the prior conviction against the defendant in its charge that he possessed a firearm after being convicted of a felony, it could not again use the conviction to increase the penalty against him.

On the surface, the defendant's contention might be open to debate. Why, one might ask, should the defendant *not* receive a harsher penalty, especially when his more recent crimes included such violent offenses as armed robbery? If the trial court were addressing this issue for the first time, it might rely on the various tools of statutory interpretation described later in this paper.

However, a bit of legal research demonstrates that the Georgia Court of Appeals has already decided this issue definitively in favor of the defendant in an earlier case. In *Arkwright v. State*⁴, the Court held that “[w]here the state proves a defendant's prior felony conviction for the purpose of convicting him of being a convicted felon in possession of a firearm, it may not also use that prior conviction in aggravation of punishment.” That broad legal rule, decreed by the appellate court after much debate and argument, binds the trial court no matter the circumstances of the case at hand.

The higher appellate courts, on the other hand, may sometimes decline to follow their own precedents when circumstances require. Such was the case in *Roper v. Simmons*⁵, in which the United States Supreme Court reversed its prior decision of

¹ This example was contributed by the Hon. Walter C. McMillan, Jr., Chief Judge of the Superior Courts of the Middle Judicial Circuit, whose great wisdom and guidance was invaluable in the writing of this article.

² “Any person who . . . has been convicted of a felony . . . and who receives, possesses, or transports any firearm commits a felony and, upon conviction thereof, shall be imprisoned for not less than one nor more than five years . . .” O.C.G.A. § 16-11-131 (b).

³ “[A]ny person who, after having been convicted under the laws of this state for three . . . , commits a felony within this state . . . must, upon conviction for such fourth offense or for subsequent offenses, serve the maximum time provided in the sentence of the judge based upon such conviction and shall not be eligible for parole until the maximum sentence has been served.” O.C.G.A. § 17-10-7(c).

⁴ 275 Ga. App. 375, 376 (2005).

⁵ 543 US ___ (2005), available online at <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-633P.ZO>

*Stanford v. Kentucky*¹ and ruled that the death penalty may not be constitutionally applied to juveniles (those under 18 years of age) because to do so would be to inflict “cruel and unusual punishment” prohibited by the Eighth Amendment to the U.S. Constitution. *Simmons* gives us an example of how the Supreme Court is sometimes free to interpret a constitutional or statutory provision – here, the definition of “cruel and unusual punishment” – despite the interpretation it gave the same provision in an earlier case.

In *Simmons*, the defendant was 17 years old when he committed a horrific murder. Under the Supreme Court’s prior decision in *Stanford*, states could sentence such defendants to death because, at the time *Stanford* was decided, the Court found that “neither a historical nor a modern societal consensus forbidding the imposition of capital punishment on any person who murders at 16 or 17 years of age”². When the Court revisited the issue in 2005 in *Simmons*, however, it determined that in the interim circumstances had changed. After considering newer research concerning the development of juveniles and surveying national attitudes toward the juvenile death penalty, the court found such a consensus against executing juveniles and banned the practice.

The debate over how closely courts – especially appellate courts – should follow case law precedent is a significant point of debate in U.S. politics. Often, conservatives bemoan “activist” judges who will not “simply apply the law,” while liberals praise judges who show creativity and will not be bound by precedents that seem outdated. The issue is especially important in the realm of constitutional interpretation, where the interpretation of individual rights and responsibilities has great public significance. As Walter F. Murphy has written,

When one strictly interprets government’s powers, one usually thereby also liberally interprets individual rights. Conversely, when one strictly interprets individual rights, one usually liberally interprets governmental power³.

Thus, in the United States the adherence to or departure from *stare decisis* becomes not only an issue of judicial policy and procedure but also an issue to fuel the political flames!

Tools of Statutory Interpretation Available to Judges

The examples above demonstrate how American judges, especially lower court judges, sometimes need look no further than case precedent to determine how a statute or other legal writing, such as a contract, should be interpreted. When a controlling case from a higher court fits the circumstances of the facts at hand and

¹ 492 US 361 (1989).

² 492 U.S. at 380.

³ Walter F. Murphy et al, *American Constitutional Interpretation* 265 (2d ed. 1995), quoted in Edelman, “Issues Facing the Judiciary: Written Constitutions, Democracy, and Judicial Interpretation: The Hobgoblin of Judicial Activism,” 68 *Alb. L. Rev.* 585 (2005).

gives a certain interpretation or decrees a certain result, the judge's task is made simple. But what should a judge do when faced with a novel question of law: for example, a novel question of statutory interpretation?

If the language of the statute is plain and unambiguous, it needs no interpretation and the court should simply apply it¹. But if the statutory language is without clear meaning, the court has numerous rules of statutory interpretation available to it. While this article will not attempt to give an exhaustive list, some of the most often-used of these maxims of statutory interpretation are:

1. "In all interpretations of statutes, the courts shall look diligently for the intention of the [legislature], keeping in view at all times the old law, the evil, and the remedy."²

2. "In all interpretations of statutes, the ordinary signification shall be applied to all words, except words of art or words connected with a particular trade or subject matter, which shall have the signification attached to them by experts in such trade or with reference to such subject matter."³

3. Related statutes must be construed together to determine the intent and purpose of the laws as applied to each particular case⁴.

4. Where statutes conflict, the more specific trumps the more general, and the more recently enacted trumps the older⁵.

5. Criminal statutes are construed against the state and in favor of the defendant⁶.

But, one may ask, how are such maxims applied in practice? An example may be helpful.

In the case of *Dixon v. State*⁷, the 17-year-old defendant, an adult under Georgia law, was found guilty by a jury of two crimes involving his sexual contact with a 15-year-old girl. The first crime was statutory rape – that is, having sex with a person under the age of legal consent. In Georgia, this statutory crime is a misdemeanor, with a maximum sentence of one year in prison, if the victim and defendant are close in age⁸. But the jury also convicted the defendant of "aggravated child molestation," which is defined by statute as performing "any immoral or indecent act to or in the presence of or with any child under the age of 16 years with the intent to arouse or satisfy the sexual desires of either the child or the person" when the act injures the victim⁹. In this case, the victim suffered some bruises during the otherwise consensual act of sexual intercourse. Aggravated child molestation is a

¹ *Hollowell v. Jove*, 247 Ga. 678, 681 (1981).

² OCGA § 1-3-1(a).

³ OCGA § 1-3-1(b).

⁴ *Mathis v. Cannon*, 276 Ga. 16, 26 (2002).

⁵ *Dixon v. State*, 278 Ga. 4, 5 (2004).

⁶ *State v. Martin*, 278 Ga. 418, 419 (2004).

⁷ 278 Ga. 4 (2004).

⁸ OCGA § 16-6-3(a).

⁹ OCGA § 16-6-4.

major crime that carries a minimum prison sentence of 10 years, and the trial court imposed that sentence.

On appeal, the defendant argued there was a conflict between the two criminal statutes. In other words, why should the young man be sentenced to 10 years in prison for aggravated child molestation when the same incident was also considered merely a “minor” crime of sex with an underage female? The Supreme Court considered the entire purposes of these statutes. First, it reasoned, these laws are part of a broader “legislative framework aimed at protecting children from sexual exploitation and abuse.” These statutes showed the legislature intended that sex acts such as those between the defendant and victim to be prosecuted *only* as misdemeanor statutory rape based on the its application of the following rules of statutory interpretation:

- a. First, “[t]he rule for construing statutes which may be in conflict is that the most recent legislative expression prevails. . . . Since the legislature most recently declared that sex between teenagers less than three years apart should be punished as misdemeanor statutory rape, and not felony child molestation, that judgment must prevail.
- b. “Second, where two statutes overlap, the statute addressing the narrower range of conduct will usually trump the more general statute, and the misdemeanor statutory rape provision is far more specific than the child molestation statute.
- c. “Finally, given the conflict between the two statutes, Dixon is entitled to receive only the lesser of the two possible punishments” because criminal statutes are construed in favor of the defendant¹.

The point to remember in this analysis is that, when faced with ambiguity, the Court used the rules of interpretation to discern the intent of the *legislature* as opposed to independently determining what “ought” to be the result.

For common law judges, determining the “will of the legislator” has been the primary role of judicial interpretation since the great common law jurist Blackstone². As Sunstein and Vemeule point out, “the hallmarks of the common law interpretive style [are] flexible treatment of statutory text, based on a nuanced sensitivity to legislative intentions or purposes and to the surrounding fabric of the common law.”³ To this end, U.S. common-law courts often look at the history of a law to determine what the thoughts of the legislators were when they enacted the law⁴. Or, when a law has been changed, courts may consider what the law *formerly* was to determine if the legislature was attempting to address an issue and if its action might give clues as to its intent⁵.

¹ *Dixon*, *supra*.

² Sunstein and Vermeule, “Interpretation and Institutions”, 101 *Mich. L. Rev.* 885, 891 (2003).

³ *Id.* At 891-892.

⁴ See, for example, *Carnett's, Inc. v. Hammond*, 279 Ga. 125, 129 (2005).

⁵ See, for example, *Cox v. Fowler*, 279 Ga. 501, 502 (2005).

Courts may also apply differing standards of interpretation depending on whether the statute is merely a legislative enactment of a pre-existing common law rule or a statute with no basis in the common law. The process by which many American legislatures “codified” the common law in the 19th century is discussed above. If the statute had its basis in the common law, then the court will interpret the statute perhaps more broadly in the spirit of its common law ancestor¹. But “it has always been a rule of construction of statutes that those in derogation of the common law, that is those which give rights not had under the common law, must be limited strictly to the meaning of the language employed, and not extended beyond the plain and explicit terms of the statute. The legislature is presumed to act with knowledge of this rule of construction, and with that body only lies the right and privilege to grant rights not given under the common law and to extend and broaden any rights so granted. Such is not the function of the courts”². In other words, if the legislature merely enacted a court-made rule of law as a statute, the courts will feel freer to interpret the statute broadly in accordance with its “spirit” and the reasons behind the original *court rulings* that led to the judge-made, common-law rule³. But if this law has its original source in the independent will of the legislature, the courts will interpret the statute more narrowly in accordance with the perceived intent of the *legislature’s* will and purpose in enacting the law.

Judges as Expounders of the Law

American judges have an important role as interpreters of the law, in which they are aided by the tradition of case precedent and by interpretive tools designed to gauge the intent of the lawmakers. But in many American courts, it is the *jury* – usually six or 12 lay persons chosen to sit for one particular case – who must apply the law to the facts as they find them from the evidence and reach a verdict or judgment. The jury system is, of course, an honored tradition in U. S. jurisprudence. For over 200 years the U. S. Constitution has guaranteed criminal to defendants the right to an impartial jury of their peers⁴ and the right of trial by jury in most civil cases⁵. In criminal cases, the jury is, in practice, the judge of both the law and the facts⁶. If the jury acquits an individual, he cannot be tried again. And when a jury is used, it is the judge’s responsibility to explain to the jury the law applicable to the case.

The trial court’s duty is to “charge” the jury by explaining the law applicable to all issues in the case – that is, all issues that are raised by the evidence presented⁷. The jurors are, as mentioned above, lay persons untrained in the law. Thus, when

¹ See *Fulmore v. Csx Transp.*, 252 Ga. App. 884, 885-886 (2001).

² *Delta Airlines, Inc. v. Townsend*, 279 Ga. 511, 512 (2005) (internal punctuation omitted).

³ *Bush & Hattaway v. W. A. McCarty Co.*, 127 Ga. 308, 310 (1907); see Black’s Law Dictionary, 8th ed., “Common Law,” p. 293.

⁴ U. S. Constitution, Amendment VI.

⁵ U. S. Constitution, Amendment VII.

⁶ *Parker v. State*, 270 Ga. 256 (1998).

⁷ *Stubbs v. Ray*, 245 Ga. App. 785 (2000).

the trial judge explains the law to the jury, he or she must do so in simple terms that will help the jury understand the law and understand its task¹. In so doing, the judge must refrain from expressing any opinion as to the proper outcome in the case, for to do so would interfere with the jury's function².

Conclusion and Perspective

As these examples demonstrate, in the American common-law system judges take an active role in the development of the law. They determine what the law is, they interpret the will of the legislature, and they explain the law to juries. They are truly "problem solvers," but in solving problems they are bound by the law, bound by case precedent, and bound by the limitations of their institution. In the long run, for the average person the law should serve the same function as a highway sign indicating the speed limit and the direction and distance to the next town. For most individuals, the law should clearly spell out each person's rights and responsibilities and show the consequences of each action. For American judges, the goal is to make the law as clear and as consistent as possible, so that all will know the rules and that none will take the wrong path.

The "founding fathers" of the United States were men and women who believed the judiciary to be an essential institution which must be *independent* from the other branches of government and also *limited* in its powers. Alexander Hamilton, in advocating for the adoption of the United States Constitution, wrote of the judiciary³:

"Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments."

Having an independent judiciary whose only power is to interpret and explicate the state of the law for the people and its government helps to balance the rights of the

¹ *Smoky, Inc. v. McCray*, 196 Ga. App. 650 (1990).

² See, for example, OCGA § 9-10-47.

³ Hamilton, *The Federalist* No. 78.

people against their government and of the weak against the strong. And the tradition of case precedent and deference to the will of the people's elected legislators ensures the American judiciary remains a respected, law-giving and law-interpreting body.

*

* *

Mater virtutum ratio¹

¹ „Rațiunea este mama virtuții” (Medieval), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 146.

CURTEA CONSTITUȚIONALĂ. O EVALUARE A MODIFICĂRILOR CONSTITUȚIEI ȘI LEGII DE ORGANIZARE A CURȚII ASUPRA IMPACTULUI ACTIVITĂȚII CURȚII CONSTITUȚIONALE

Liviu Damșa

I. Introducere

Deși anunțată cu mare entuziasm în timpul adoptării sale de către legislativ, reformarea cadrului legal în care funcționează Curtea Constituțională nu a reușit să producă efectele proclamate de legiuitor la vremea adoptării. Mai mult, studiul propriei jurisprudențe post reformă a Curții pare a indica abdicarea parțială a Curții Constituționale de la propria doctrină a abținerii de la intervenția în conflicte politice între majoritatea și minoritatea parlamentară, ori în conflicte legate de reformele tranziției, anul 2005 fiind presărat cu câteva (mini)crize politice, ca urmare a unor astfel de intervenții. În egală măsură, Curtea Constituțională a reușit în anul 2005 să își doboare propriul record de procentaj minim al cererilor aprobate de control posterior, introduse la dorința cetățenilor.

În acest comentariu vom încerca să trecem în revistă distanța dintre așteptările declarate de legiuitor și rezultatele concrete ale modificării cadrului de funcționare al Curții Constituționale, să studiem cauzele care au făcut posibilă această distanță între așteptări și rezultate, și, bineînțeles, să tragem câteva concluzii de viitor, pentru îmbunătățirea funcționării Curții Constituționale.

II. Modificarea cadrului de funcționare al Curții Constituționale prin Legea de Revizuire a Constituției și Legea pentru modificarea Legii nr. 47/1992, de funcționare a Curții Constituționale. Obiectivele declarate de legiuitor

Cadrul legal în care funcționează Curtea Constituțională a fost relativ modificat atât prin Legea de Revizuire a Constituției României din 2003, cât și prin Legea nr. 232/2004, pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

Cu toate că intervalul scurs de la introducerea acestor modificări (circa 2 ani), este probabil încă prea scurt pentru a permite o evaluare finală a impactului acestor modificări asupra controlului constituțional efectuat de către Curtea Constituțională,

câteva concluzii preliminare asupra acestui impact tot se pot trage, alături de o trecere în revistă a principalelor decizii ale Curții în anul 2005.

Înainte însă de a discuta impactul modificărilor în privința activității Curții, nu este inutil să facem o succintă trecere în revista a ceea ce s-a dorit prin modificarea cadrului legal, și să schițăm un minicadru teoretic în baza căruia cititorul ar putea aprecia aceste modificări.

În privința obiectivelor declarate a fi urmărite de legiuitor prin modificare, edificatoare sunt și așa numitele lucrări pregătitoare (*travaux preparatoires*)¹, pe care le vom prezenta succint în continuare.

Conform declarației unuia dintre inițiatorii modificărilor, Valter Dorneanu, prin modificările propuse la Legea nr. 47/1992, legiuitorul a dorit să dea o dimensiune și mai substanțială rolului Curții Constituționale (rolului de Garant al Supremației Constituției n.n.) și să sporească atribuțiile acesteia. Atribuțiile Curții Constituționale au fost astfel extinse, Curții încredințându-se soluționarea conflictelor dintre autoritățile statului și controlul constituționalității legilor de aprobare a tratatelor și acordurilor internaționale. În plus, au fost statuate și norme procedurale, specifice contenciosului constituțional, în vederea corelării cu regulile procedurale stabilite prin alte reglementări². De asemenea, s-a extins puțin sfera subiecților care pot sesiza Curtea Constituțională prin introducerea Avocatului Poporului, printre subiecții care pot sesiza Curtea Constituțională, atât pentru controlul anterior al constituționalității legilor, cât și pentru controlul posterior, în cadrul excepției de neconstituționalitate. Cea mai importantă modificare însă, (așa cum s-a văzut mai târziu), a fost însă aceea care se referea la faptul că decizia Curții Constituționale devenea obligatorie *erga omnes* în controlul anterior al constituționalității legii, deci și pentru Parlament, care nu mai putea modifica cu o majoritate calificată de două treimi proiectul ce ar fi primit decizia negativă a Curții, astfel cum prevedea Constituția din 1991³.

¹ A se vedea stenograma Dezbaterilor din Camera, pe marginea Propunerii legislative pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, disponibilă on-line la adresa <http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=5652&idl=1> (vizitată ultima oară în martie 2006).

² Conform declarației profesorului Ion Neagu, din Partea Comisiei juridice, de disciplină și imunități a Camerei, la adresa citată mai sus.

³ În cuvintele lui Valer Dorneanu: „Ca atare, de acum încolo, deciziile Curții Constituționale nu vor mai putea fi înfrânte printr-o majoritate de două treimi de către Parlament. Dimpotrivă, Parlamentul va trebui să se supună deciziei Curții Constituționale, Parlamentul, ca și Guvernul, și într-un termen stabilit va trebui să ia măsuri pentru a înlocui textele declarate neconstituționale sau pentru a înlocui o lege care a fost declarată neconstituțională”.

III. Extinderea sferei subiecților care pot sesiza Curtea. Impactul modificărilor

În privința extinderii sferei subiecților, nu este absolut clar de ce legiuitorul a preferat să limiteze extinderea acestei sfere doar la Avocatul Poporului, preferând să nu introducă printre subiecții care pot sesiza Curtea în cadrul controlului abstract *a priori* o sferă mai largă, după modelul italian, german sau ungar, care să includă orice cetățean, deși în mod argumentabil, o sferă mai largă a subiecților, care ar include și cetățenii, ar conduce la un mai bun control constituțional. Este posibil ca majoritatea autorilor proiectului de modificare a Constituției, respectiv a legii de funcționare a Curții să se fi temut de extinderea nemăsurată a numărului de cereri de pe rolul Curții, în cazul în care sfera subiecților ar fi fost extinsă și la cetățeni, după cum este posibilă existența unor alte rațiuni, pe care nu le cunoaștem, cert este însă că legiuitorul român a preferat să mențină limitările sferei subiecților care pot sesiza Curtea, în ciuda unor sugestii contrare în literatura juridică.

Cum spuneam însă mai sus, legiuitorul a preferat totuși extinderea sferei subiecților care pot sesiza Curtea atât în control *a priori* cât și în cel *a posteriori* la Avocatul Poporului, unul dintre argumente în sprijinul acestei extinderi fiind acela ca cetățeanul va fi mai bine protejat sub aspectul drepturilor și libertăților cetățenești, având în vedere că atributul principal al Avocatului Poporului este de a apăra cetățeanul în raporturile cu administrația publică, cu potențialele abuzuri care se săvârșesc de către aceasta. Dând dreptul Avocatului Poporului să sesizeze Curtea Constituțională, indirect sporim posibilitatea cetățeanului de a se apăra împotriva abuzurilor la care ar fi supus din partea autorităților administrative¹.

În continuare, vom evalua câteva date preliminare, pentru a verifica dacă argumentul legiuitorului a fost verificat empiric în practică.

Astfel, deși Avocatul Poporului nu a postat încă² pe site-ul instituției Raportul sau Anual de Activitate pe anul 2005, o amplă căutare într-o bază de date care indexează Monitoarele Oficiale³ ne permite să tragem măcar câteva concluzii preliminare. Astfel, în anul 2005, Avocatul Poporului a trimis Curții Constituționale punctul sau de vedere în circa 700 de decizii emise și publicate de aceasta în anul respectiv⁴. Aceste opinii au fost emise în majoritate covârșitoare în cadrul ridicării unei excepții de neconstituționalitate de către cetățeni, în cadrul efectuării controlului posterior la sesizare, Avocatul Poporului exercitându-și dreptul de a sesiza direct Curtea doar în 3 situații⁵, una care privea controlul anterior, și două

¹ A se vedea declarația lui Emil Boc, în ședința Dezbaterilor din Camera, pe marginea Propunerii legislative pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 la adresa citată mai sus.

² La jumătatea lunii martie a anului 2006.

³ Noi am efectuat aceasta căutare folosind programul Lege Start oferit de Indaco.

⁴ În imensa lor majoritate, aceste opinii au fost solicitate de către Curte, în cadrul efectuării controlului posterior.

⁵ O prima sesizare directă a Curții de către Avocatul Poporului în cadrul controlului anterior, a privit Legea privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate (a se vedea Decizia

privitoare la cel posterior. Deși se poate susține că aceste sesizări reprezintă o creștere de trei sute la sută în comparație cu singura obiecție ridicată de Avocatul Poporului în cursul anului 2004¹, ne putem totuși întreba dacă nu era mai eficientă acordarea directă a dreptului cetățeanului de a sesiza Curtea, având în vedere că cetățenii au introdus peste 1000 de cereri în fața curților, în cadrul controlului posterior limitat la care aceștia au acces. Către aceiași concluzie ne-ar putea conduce și numărul infim al punctelor de vedere al Avocatului Poporului, în care se susține neconstituționalitatea unor prevederi legale invocate de cetățeni în cadrul controlului posterior², precum și rezultatul concret al susținerii excepției de către Avocatul Poporului³.

Ca o concluzie la cele spuse mai sus, considerăm că din datele preliminare pe anul 2005 rezultă că impactul includerii Avocatului Poporului în sfera subiecților

nr. 217 din 20/04/2005, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 417 din 18/05/2005 privind sesizările de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 alin. (2), art. 17 alin. (1) lit. b) și alin. (4), art. 18 alin. (3), art. 28 alin. (1), art. 30 alin. (1), art. 31 alin. (1), art. 32 și art. 36 din Legea privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate), în care Curtea Constituțională a admis în parte excepțiile ridicate. În cadrul controlului posterior, Avocatul Poporului a sesizat direct Curtea cu privire la anumite măsuri din nenumăratele ordonanțe de modificare ale Codul fiscal (a se vedea, Decizia nr. 568 din 02/11/2005, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1060 din 26/11/2005 (privitoare la modificările Codul fiscal), în care Curtea și-a însușit în parte punctul de vedere al Avocatului Poporului. A doua a sesizare directă a Curții de către Avocatul Poporului a privit dispozițiile art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, Curtea respingând punctul de vedere al Avocatului Poporului prin Decizia nr. 353 din 29/06/2005.

¹ În cursul anului 2004, Avocatul Poporului a sesizat Curtea Constituțională cu obiecția de neconstituționalitate a unor dispoziții din Legea contenciosului administrativ, adoptată de Parlamentul României și nepromulgată (conform prezentării făcute pe site-ul instituției, la adresa: <http://www.avp.ro/>, vizitată ultima oară în martie 2006).

² În Lege Start, oferit de Indaco, nu am găsit decât trei situații în care Avocatul Poporului a susținut petiția reclamantului. Astfel, într-o excepție referitoare la Ordonanța Guvernului nr. 32/2002 privind organizarea și funcționarea serviciilor publice de alimentare cu apă și de canalizare Avocatul Poporului a susținut neconstituționalitate prevederilor criticate de către reclamant, Curtea Constituțională, în Decizia nr. 55 din 01/02/2005, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 168 din 25/02/2005, respingând excepția respectivă, și implicit punctul de vedere al Avocatului Poporului. De asemenea, într-o altă excepție referitoare la neconstituționalitatea a unor dispoziții din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, Avocatul Poporului a susținut neconstituționalitate prevederilor criticate de către reclamant, Curtea Constituțională respingând, în egală măsură, prin Decizia nr. 39 din 27/01/2005, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 165 din 24/02/2005 excepția respectivă, și implicit punctul de vedere al Avocatului Poporului. În sfârșit, într-o excepție referitoare la neconstituționalitatea unor dispoziții ale Legii nr. 46/1996 privind pregătirea populației pentru apărare, Avocatul Poporului a susținut, de asemenea, neconstituționalitate a prevederilor criticate de către reclamant, Curtea Constituțională respingând, prin Decizia nr. 149 din 17/03/2005, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 375 din 04/05/2005, excepția respectivă, și, implicit, punctul de vedere al Avocatului Poporului.

³ Cum am spus la nota 10, toate excepțiile susținute de Avocatul Poporului în control *a posteriori* au fost respinse de către Curte.

care pot sesiza Curtea Constituțională este extrem de modest¹, ceea ce ne face, în situația în care tendința manifestată în acest an va continua și în anii următori, să chestionăm realizarea în practică a speranței unei mai bune reprezentări a cetățeanului manifestată de legiuitor prin includerea în sfera subiecților care pot sesiza curtea a Avocatului Poporului, și să sugerăm, într-o viitoare modificare, încredințarea directă a puterii de a sesiza curtea, cetățeanului.

IV. Obligatoritatea deciziilor Curții în controlul anterior. Impactul modificării

Una dintre cele mai interesante modificări, iar retrospectiv, cea mai importantă până acum, a fost aceea referitoare la faptul că decizia Curții Constituționale devenea obligatorie *erga omnes* în controlul anterior al constituționalității legii, nemaiputând fi modificată cu o majoritate calificată de două treimi a Parlamentului, astfel cum era posibil sub imperiul Constituției din 1991. Dacă modelul teoretic asigurător al controlului constituțional descris relativ recent în teoria dreptului constituțional² (politicienii vor prefera independența judecătorească atunci când ei consideră că vor pierde alegerile următoare; altminteri, politicienii vor prefera curți dependente, ușor de manipulat, pentru atingerea unor obiective politice³) explică destul de bine strategia urmată de majoritate în extinderea puterilor

¹ Parțial, probabil, din cauza neadecvării instituției la acest nou gen de atribuție, încredințată de legiuitor pe lângă multe altele. Personal, nu considerăm că fără extinderea masivă a capacităților de personal etc., ale instituției, Avocatul Poporului ar putea îndeplini cu vreun succes unele măsuri dintre cele de îmbunătățire ale activității C.E.D.O. propuse în raportul Lordului Woolf.

² Pentru descrierea acestui model a se vedea Tom Ginsburg: *Analiza Economică și Designul Curților Constituționale*, în *Studia*, nr. 3, 2003, pag 21 și urm. (autori constituționali raționali vor prefera un control constituțional mai puternic doar în măsura în care se prevăd înlăturați de la putere. Politicienii care se văd înlăturați de la putere pot căuta modalități de restrângere a puterilor unei viitoare guvernări, în timp ce aceia care sunt încrezători în abilitatea lor de a rămâne la putere în urma alegerilor post Constituționale vor prefera mai puține constrângeri. Prin urmare, extinderea controlului constituțional devine o strategie minimală/maximală a autorilor constituției care se tem de pierderea viitoarelor alegeri, desfășurată în scopul prevenirii viitoarelor pierderi [de putere].... Servind drept un forum de confruntare a acțiunilor guvernului, controlul constituțional asigură o modalitate de asigurare potențialilor perdanți ai electoratului, în timpul negocierilor pe marginea constituției... Prin urmare, controlul constituționalității legilor ajută la încheierea unor contracte constituționale care altfel ar eșua).

³ J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts*, 23 J. Legal Stud. 721 (1994). Printre numeroșii autori care au scris pe marginea acestei teme, ne mulțumim a indica în acest context doar pe Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Leg. Stud. 71, 2004 (*Indiana Journal of Global Legal Studies*)(sugerând că tendința spre extinderea puterii curților, departe de a fi rezultatul dedicației politicienilor pentru democrație, justiție socială sau drepturi universale, poate fi mai bine înțeleasă drept rezultanta unui joc între elite politice hegemonice, dar aflate sub amenințare, interese economice influente și lideri ai puterii judiciare care tind să formeze coaliții inovative legal, care stabilesc momentul, întinderea și natura reformelor Constituționale) și Shannon Ishiyama Smitley, *Judicial Activism in Post-Communist*

Curții, el explică strategia minorității doar în măsura în care aceasta s-ar fi temut la fel de mult ca majoritatea de pierderea următoarelor alegeri. La vremea adoptării modificării pare totuși că un rol destul de important în favoarea acceptării acestei obligativități l-a avut dorința opoziției de a elimina posibilitatea ca Parlamentul să rămână arbitru ultim într-o materie controversată, ignorând eventuala decizie judiciară contrară a Curții Constituționale, prin adoptarea de către Parlament a legii respinse de curte cu o majoritate calificată de două treimi¹. Având în vedere supermajoritățile de care s-a bucurat dealungul timpului fostul Front al Salvării Naționale și partidul desprins din acesta, dorința opoziției de a elimina posibilitatea ca astfel de viitoare supermajorități parlamentare să poată ignora o interpretare contrară a Curții care ar fi dat câștig de cauza minorității parlamentare, era cu siguranță inteligibilă, și reprezenta un motiv în plus, pe lângă cel legat de incertitudinea rezultatului următoarelor alegeri, în vederea aprobării de către opoziția de la acea vreme a extinderii puterilor Curții Constituționale. Pe de altă parte, cel puțin o parte a opoziției a avut în vedere că simpla extindere a puterilor Curții nu garantează automat eliminarea jocului politic în chestiuni constituționale, Curtea fiind ea însăși un actor politic, și a pledat pentru luarea în considerare a chestiunilor legate de modul de constituire, delegarea și desemnarea membrilor Curții Constituționale pentru buna existență a Curții ca un factor independent, care să asigure supremația legii în materie de constituționalitate². În sfârșit, chestiunile legate de modul de constituire, delegarea și mai ales de desemnarea membrilor Curții au rămas undeva în plan secundar, astfel că majoritatea de la acea vreme, prin jocul vacanțelor intervenite la Curte, a reușit să adauge doi membri de frunte ai PSD,

Politics, 36 *Law & Soc'y Rev.* 719, (2002) (care măsoară influența puterii divizate între multiple partide, nici unul deținând o majoritate, în extinderea puterilor unei Curți Constituționale).

¹ A se vedea declarația lui Emil Boc în Ședința Camerei Deputaților din 15 aprilie 2004, on-line la adresa: <http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=5652&idl=1> (vizitată ultima oară în aprilie 2005), din care cităm: „După revizuirea Constituției și după adoptarea acestei inițiative legislative, Parlamentul nu va mai putea niciodată în România să infirme o decizie a Curții Constituționale. Nici până acum nu a făcut-o! dar, a existat această posibilitate, ca printr-o majoritate de două treimi în fiecare cameră să nu țină cont de arbitru suprem în materie de constituționalitate și să decidă politic. Acest lucru este important, că în România supremația legii este asigurată, Curtea Constituțională, ca autoritate supremă în materie de constituționalitate arbitrează definitiv jocul instituțional”.

² A se vedea declarația reprezentantului Grupului parlamentar al P.N.L., Știrbeț, în stenograma ședinței citată mai sus (<http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=5652&idl=1>), din care cităm: „N-aș vrea să repet toate modificările care sunt de salutat în această propunere legislativă, aș vrea însă să atrag atenția că nu trebuie să ne entuziasmăm, chiar dacă adoptăm o lege bună, pentru că dumneavoastră știți că avem dificultăți mai mari în aplicarea unei legi, decât în procesul de adoptare și armonizare teoretică, să-i spun așa, a unui act normativ. Sigur că nu trebuie să uităm că, încă în funcționarea Curții Constituționale, se simte foarte mult influența factorului politic și cred că în această direcție ar trebui ca după adoptarea modificărilor propuse în această inițiativă să acționăm mai mult și să ne raportăm la modul de constituire, la delegarea și la desemnarea membrilor Curții Constituționale, în așa fel încât să înlăturăm orice posibilitate de imixtiune politică, să asigurăm într-adevăr independența acestui înalt for constituțional”.

Acsinte Gaspar și Ion Predescu unei supermajorități formată deja din membri cu legături în același partid (Ion Vida, devenit din 2004 președinte al Curții, Nicolae Cochinescu, Petre Ninosu și Șerban Viorel Stănoiu, Aspasia Cojocaru fiind ea însăși mai mult sau mai puțin apropiată unui conducător al PSD¹).

Rezultatul acestei supermajorități (cuplate cu instalarea unei puteri alcătuite dintr-o majoritate fragilă, rezultată în urma alegerilor de la sfârșitul lui 2004, și trecerea în opoziție a fostului partid majoritar, care numise majoritatea membrilor Curții) a fost unul spectaculos, manifestat prin cel mai mare procent (46.15%) din istoria Curții² de decizii de neconstituționalitate în urma controlului *a priori* efectuat de Curte la cererea opoziției parlamentare³, cuplat cu cel mai mic procent de decizii de neconstituționalitate în urma controlului *a posteriori* din aceeași istorie a Curții (0.28%)⁴, și, în premieră pentru politica românească postrevoluționară, la crearea

¹ A se vedea, de exemplu, articolul Sabinei Fati din *Curentul*, numărul din 24 iunie 2005, reproduc on-line la adresa: http://www.hotnews.ro/articol_25287-Curtea-Constituționala-un-instrument-la-indemana-PSD.htm (vizitat ultima oară în aprilie 2005), ori articolul lui Florian Rusu și Bogdan Costache din *Curierul Național*, nr. 4241, 2005, on-line la adresa: <http://www.curierulnational.ro/?page=articol&editie=754&art=52359> (vizitat ultima oară în aprilie 2005).

² Anii cu cel mai mare procent de cereri de control *a priori* admise au fost, până anul trecut, în ordine descrescătoare: 1996 cu 41.66%; 2003 cu 40%; 1995 cu 36.82%; 2000 cu 33.33%. A se vedea Anexa 1 care însoțește prezentul material. Lista cu deciziile de admitere pe anul 2005 se poate consulta pe site-ul Curții, la adresa: <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=decisions/2005>. Am inclus această listă în Anexa 2 la prezentul material.

³ La aceste decizii se pot adăuga și cele trei decizii privitoare la diversele contestări ale regulamentelor camerelor, respectiv Decizia nr. 62 din 1 februarie 2005, privind constituționalitatea dispozițiilor art. 25 din Regulamentul Camerei Deputaților, publicată în Monitorul Oficial nr. 153 din 21.02.2005; Decizia nr. 601 din 14 noiembrie 2005, privind constituționalitatea dispozițiilor din anumite articole ale Regulamentului Senatului, aprobat prin Hotărârea nr. 28 din 24 octombrie 2005, publicată în Monitorul Oficial nr. 1022 din 17.11.2005 și Decizia nr. 602 din 14 noiembrie 2005, privitoare la constituționalitatea dispozițiilor din anumite articole ale Regulamentului Camerei Deputaților, publicată în Monitorul Oficial nr. 1027 din 18.11.2005 (din lipsă de spațiu, am eliminat enumerarea articolelor contestate din ultimele două decizii).

⁴ Desigur, pe rolul Curții se află la un moment dat sau altul, în control posterior, numeroase cereri care au același obiect, iar luarea în considerare a tuturor cererilor introduse indiferent că au sau nu același obiect, duce la micșorarea procentului de cereri (după obiectul lor) în control posterior admise de fapt (acest lucru este observat de fostul președinte al Curții, Nicolae Popa, în articolul publicat de domnia sa în Buletinul Jurisprudenței Curții Constituționale nr. 7/2004, on-line la adresa: <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=publications/buletin/7/popa>, din care citam: „În 1997, din totalul de 707 decizii pronunțate, în fond și în recurs, nu mai puțin de 627 au avut același obiect...”). În egală măsură, dată fiind încărcătura rolului Curții, nu este posibilă rezolvarea într-un singur an a tuturor cererilor înregistrate în anul respectiv, astfel că, raportând deciziile de admitere la numărul total de cereri înregistrate, putem avea într-un an un procent mai mic de cereri admise, Curtea rezolvând favorabil în anul următor cereri pe care nu a avut timp să le rezolve în anul în care au fost introduse. Nu mai puțin, apreciem că marja de eroare astfel înregistrată nu este de natură a altera iremediabil procentele desprinse din tabele, și, în plus, datele pe care le-am trecut în tabloul statistic din Anexa 1 sunt datele statistice înregistrate de Curte (care ia în considerare la

unei crize Constituționale, în care demisia unui guvern al majorității a fost evitată *in extremis*, după ce fusese contemplată îndelung de către majoritate.

Impactul activității Curții în controlul anterior asupra diverselor inițiative legislative ale executivului ori majorității parlamentare nu a întârziat să primească atenția cuvenită din partea politicianilor¹, a presei¹, publicului și a societății civile²,

întocmirea statisticii, numărul total de cereri depuse, nediscriminând aceste cereri după obiect), cercetarea noastră fiind prelucrată în sensul evidențierii doar a cererilor în control *a priori/a posteriori*. Deși Curtea Constituțională are numeroase atribuții în afara acestora, este neîndoielnic ca volumul cel mai mare de activitate al Curții, respectiv cel mai mare impact al activității Curții se realizează în aceste două direcții de control. În sfârșit, tabloul complet întocmit de către biroul de statistică al Curții, ce cuprinde date până la 31 martie 2006, poate fi consultat la adresa: http://www.ccr.ro/statistics/pdf/ro/sin03_2006.pdf.

¹ A se vedea, de exemplu, comentariile din 6 iulie 2005 publicate de BBC sub titlul: „Reacții după decizia Curții”, on-line la adresa:

http://www.bbc.co.uk/romanian/news/story/2005/07/050706_reactii_curte.shtml (vizitată ultima oară în aprilie 2006). Deși o reacție politică de tipul celei avute de președintele Amerian F.D. Roosevelt în urma unor decizii ale Curții Supreme a Statelor Unite care infirmau politicile urmate de partidul său, care, văzându-și puse sub semnul întrebării de către Curte adoptarea politicilor sale de reformă a societății americane în timpul New Deal a amenințat judecătoria Înaltei Curți cu extinderea numărului lor, prin numirea în curte a unor juriști adepți ai viziunii sale (o scurtă istorie on-line la:

<http://asp1.umbc.edu/newmedia/sites/chetah/pdf/Sinclair-Courts.pdf>), nu poate fi pe deplin exclusă nici în România, reacția politică cea mai viguroasă generată de deciziile Curții Constituționale în anul 2005 o reprezintă Propunerile legislative pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale nr. 597 și 598, ale cărei detalii se pot afla on-line la adresa: http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?idp=6898, respectiv http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?cam=2&idp=6899 (vizitate ultima oară în aprilie 2006), aprobat prin adoptare tacită de Camera Deputaților (<http://www.romanialibera.ro/editie/index.php?url=articol&tabel=z21022006&idx=68>), și aflată în lucru la Senat,

(<http://80.97.216.132/senat.lista.asp?pageNumber=0&nri=L222&ani=2006&inf=0&Stadiu=&tip=&urg=0&orgt=&orgn=&orga=&ini=&ins=&sir=&pri=>, respectiv

<http://80.97.216.132/senat.lista.asp?pageNumber=0&nri=L223&ani=2006&inf=0&Stadiu=&tip=&urg=0&orgt=&orgn=&orga=&ini=&ins=&sir=&pri=>). Consiliul Legislativ face o trecere interesantă a diferitelor reglementări ale incompatibilităților în legislația comparată în avizul pus la dispoziția Camerei Deputaților http://www.cdep.ro/caseta/2005/12/21/pl05597_cl.pdf, respectiv aici: http://www.cdep.ro/caseta/2005/12/21/pl05598_cl.pdf deși, din păcate, în optica autorului acestui articol, Consiliul ratează prilejul de a comanda un studiu, în care chiar să cerceteze influența ideologică asupra votului din Curtea Constituțională, precum și realizarea unui studiu din care să aflăm rezultatul practic imediat în activitățile Curților Constituționale rezultat din impunerea unor asemenea restricții, în scopul studierii comparative al impactului unor asemenea modificări. Printre problemele ridicate de proiectele legislative privitoare la incompatibilități, în discuțiile din societatea pentru justiție, autorul acestui comentariu apreciază pertinentă intervenția d-lui Adrian Baboi Stroe, citată în continuare: „problema principală rezultă din incapacitatea de a înțelege ce înseamnă și cum se „tratează” conflictul de interese și asimilarea acestuia cu „incompatibilitatea”, care este doar o soluție-limită, așa spune chiar radicală de extirpare

parțial și datorită spectaculozității crizei constituționale provocate de decizia pronunțată de Curte în exercitarea controlului *a priori* asupra Legii privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, astfel că nu vom insista prea mult asupra acestuia.

Mult mai puțină atenție a primit însă înaltul procent de admiteri în cazul controlului anterior, cuplat cu cel înalt de respingeri în cazul celui posterior, care este în sine o tendință remarcabilă în activitatea Curții, și merită o discuție separată. În scopul de a face pe scurt această discuție în cele ce urmează, probabil că nu ar fi inutil să vedem ce concluzii s-ar putea desprinde din admiterea de către Curtea Constituțională în anul 2005 a 6 din cele 13 cereri de control anterior introduse, și din respingerea de către aceeași Curte a 1036 din cele 1039 de cereri de control posterior introduse? Dincolo de preferința constantă a Curții în cei 14 ani scurși de la înființarea sa pentru controlul abstract, *a priori*,³ în dauna celui concret, *a posteriori*,

"preventivă" a oricărui conflict de interese. Dacă [proiectul] s-ar concentra pe interzicerea deciziei în situație de conflict de interese, n-ar mai fi nevoie de instituirea unor prohibiții legate [de rudenie]. Interdicția din motive de partizanat politic are sens pentru că se poate argumenta că apartenența la un partid sau exercitarea unei funcții politice înalte poate vicia în mod general imparțialitatea politică a persoanei respective, lucru de neacceptat atunci când Curtea Constituțională are de judecat în special sesizări înaintate de partide politice. În schimb, posibilele conflicte de interese rezultând din relațiile de rudenie nu ar trebuie tratate generalist, prin incompatibilități, ci prin mecanisme de abținere de la vot sau recuzare, aplicabile doar în situațiile, de presupus, rare, când respectivii ar avea a se pronunța în cauze care ating interesele unor rude. În definitiv, e vorba doar de o extindere logică a principiului abținerii de la judecarea propriei cauze". Cum însă judecătorii constituționali sunt arbitrii finali ai constituționalității unor asemenea proiecte, rămâne de văzut desigur cum va aprecia Curtea aceste interdicții la care este supusă, și care va fi rațiunea în baza căreia judecătorii Curții ar decide respingerea unor asemenea proiecte.

¹ Toate cotidienele au relatat pe larg în 2005 sau 2006 și destul de puțin favorabil judecătorilor constituționali percepuți ca adepți ai *status quo*-ului care beneficiază elitei create de fostul partid de guvernământ, despre diverse decizii ale Curții Constituționale, în special despre cele controversate legate de schimbarea regulamentelor Camerelor, a legilor reformei, proprietății și justiției sau a ordonanței de funcționare a Parchetului Național Anticorupție, iar o analiză exhaustivă a știrilor și comentariilor din presă ar fi imposibilă, și mult peste scopul acestei analize. Cităm doar cu titlu de exemplu, articolul lui Cătălin Avramescu din *Revista 22*, intitulat „Impostura Curții Constituționale”, on-line la adresa: <http://www.revista22.ro/html/index.php?art=2471&nr=2006-02-22> (vizitată ultima oară în aprilie 2005), ori cel al Claricei Dinu, despre impactul deciziei privitoare la neconstituționalitatea unor articole din Legea reformei proprietății și a justiției în privința aderării României la UE, intitulat: „Amânarea Aderării, decisă la București”, on-line la adresa: <http://www.curierulnational.ro/?page=articol&editie=890&art=58588> (vizitat ultima oară în aprilie 2006), și o revistă a titlurilor apărute în presă după aceeași decizie efectuată de Direcția pentru Comunicare, Presă și Relații Publice a Camerei Deputaților, on-line la adresa: http://www.cdep.ro/pls/dic/presa.site.revista_data?dt=08-07-2005.

² O analiză exhaustivă a reacțiilor societății civile ar fi, de asemenea, imposibilă și ar exceda scopul acestui comentariu. Cităm, de asemenea, doar cu titlu de exemplu, discuțiile de pe *Forumul Cotidianul*, disponibile on-line la adresa: <http://tinyurl.com/14667>.

³ Tabelul cu deciziile rezultate în urma controlului *a priori* cât și a celui *a posteriori*, pe ani, și componența Curții, este redat în Anexa 1 la prezentul comentariu. Se poate observa foarte ușor din

care se poate susține că a continuat să fie manifestată de către Curte și în 2005, procentajul cel mai ridicat de cereri de control *a priori* admise în raport cu procentajul cel mai scăzut de cereri de control *a posteriori* din întreaga istorie a Curții pe care îl vedem în anul respectiv, sugerează o abatere a Curții de la propria sa tradiție în privința controlului constituțional.

Deși această abatere poate fi explicată pozitiv¹, în cazul deciziilor de control *a priori*, prin supermajoritatea creată în Curte prin numirea în calitate de judecători ai Curții ai unor apropriați ai fostului partid de guvernământ, trecut în opoziție, prin tendința opoziției de a face apel în cazul proiectelor legislative care o afectează la arbitrajul unei Curți transformată într-un fel de superarbitru constituțional, care îi împărtășește vederile, ori, în cazul deciziilor *a posteriori*, prin sporirea exponențială a unor cereri fără merite, generată de lipsa culturii juridice ori a cunoștințelor legate de tipul de cereri admisibile de către Curte, de stimulentele materiale reprezentate de onorariul avocatului pentru o cerere suplimentară făcută de acesta la Curtea Constituțională într-un dosar, cât și de lipsa oricărei sancțiuni pentru introducerea de către avocat a unor cereri fără merite, abaterea Curții de la propria tradiție ridică nu mai puțin importante îngrijorări normative.

Căci, dacă admitem ideea normativă că extinderea puterilor Curții Constituționale s-ar justifica printr-o protecție mai bună și eficientă pe care o Curte ar putea-o oferi drepturilor constituționale² într-un sistem în care controlul constituțional este puternic, în raport cu protecția pe care ar putea-o oferi Parlamentul într-un sistem în care controlul constituțional slab³, este evident că numărul mic de cereri de control concret admise, combinat cu preferința disproporționată a Curții pentru controlul *a priori* în dauna celui concret, *a posteriori*, ridică semne de întrebare⁴ cu privire la cât de serioasă este protecția oferită de către

procentajul cererilor de control abstract admise în raport cu numărul aceloră în control concret, *a posteriori*, admise, consemnat în tabel, preferința manifestă a Curții pentru controlul abstract.

¹ Pentru cei mai puțin familiari cu distincția între teoriile pozitive și cele normative, reamintim, pe scurt, că teoriile pozitive încearcă să explice ce este dreptul, de ce acesta este cum este și cum dreptul afectează lumea, în timp ce teoriile normative sunt despre cum ar trebui dreptul să fie (care reguli sunt cele mai bune, drepte, ori justificabile).

² Wojciech Sadurski, *Promoting Rights in the Shadow of the Judiciary: Towards a Fact-Sensitive Theory of Judicial Review*, European University Institute Working Paper, Florence, 2002, în dosarul autorului acestui comentariu.

³ A se vedea Walter și Nnott-Armstrong, *Weak and Strong Judicial Review*, Law and Philosophy 22: 381-392, 2003, din care cităm: „Într-un sistem de control puternic, există doar trei căi de a răsturna sau submina interpretarea dată de către o curte Constituției: (a) Curtea își poate inversa propria jurisprudență (b) Curtea își poate schimba interpretarea prin dezvoltări informale ale dreptului pe care îl aplică; (c) Legislativul poate amenda constituția. Un sistem de control slab conține toate soluțiile de mai sus, plus încă una: (d) Legislativul poate trece legea neconstituțională din nou, ignorând interpretarea dată de curte”.

⁴ Deși problema normativă a legitimității ori, mai bine spus, a lipsei de legitimitate democratică a deciziilor unei curți, datorită caracterului contramajoritar al curților nu s-a pus într-un sistem de

Curtea Constituțională română drepturilor constituționale ale cetățeanului care face apel la serviciile sale.

Deși s-ar putea contraargumenta că nu există nici o legătură între numărul mic de cereri de control concret admise și gradul sau calitatea protecției pe care Curtea Constituțională îl oferă drepturilor constituționale ale cetățeanului, iar preferința pentru controlul abstract semnalează înclinația laudabilă a Curții pentru o anumită certitudine și consistență a legislației, credem că admiterea a doar 3 dintr-un număr total de 1039 de cereri de control posterior sau concret introduse, indiferent de calitatea sau meritele acestor cereri, cu greu poate fi privită drept o dovadă a vigurozității cu care Curtea Constituțională protejează drepturile constituționale ale cetățeanului, mai ales dacă avem în vedere că doar cererile de control *a posteriori* permit aprecierea efectivă a efectelor concrete ale unei legi neconstituționale.

Mai mult, acordul aproape perfect și convergența între judecători în deciziile adoptate de Curte¹, numărul redus de cazuri și modul în care se invocă jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în fața Curții, ori de către Curte în raționamentele în urma cărora ajunge la deciziile sale² ridică suplimentare semne

drept care a copiat sistemul tradițional francez (a se vedea preferința revoluționarilor francezi pentru dominația legislativului, exprimată de Thoutet, aici:

http://www.justice.gc.ca/en/ps/inter/rev_004_tho/index.html), nu mai puțin, ea devine importantă într-un sistem în care există o supremație a puterii judiciare, cum tinde să devină al nostru, în urma extinderii puterilor Curții. Despre dificultățile pe care le ridică caracterul contraminoritar al curților, a se vedea Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16-18 (2d ed. 1986), și cele 5 articole ale lui Barry Friedman, despre istoricul acestei noțiuni (*The History of the Countermajoritarian Difficulty*, 73 N.Y.U. L. Rev. 333, 334 (1998), 91 Geo. L.J. 1 (2002), 76 N.Y.U. L. Rev. 1383 (2001), 148 U. Pa. L. Rev. 971 (2000), 112 Yale L.J. 153 (2002).

¹ Am reușit să identificăm în 2005 doar un număr de 10 opinii separate printre deciziile Curții Constituționale publicate în Monitorul Oficial, ceea ce denotă o convergență ridicată a opiniilor judecătorilor Curții. Indirect, convergența opiniilor de respingere a cererilor de control *a posteriori* indică posibilitatea redusă ca în viitor curtea să admită cereri similare, mărinđ astfel procentul de cazuri de asemenea natură pe care l-ar rezolva favorabil. Publicăm lista deciziilor în care au fost consemnate aceste opinii și autorii lor în Anexa nr. 2 a prezentului comentariu (în funcție de numărul de opinii separate, un clasament al autorilor lor s-ar prezenta astfel: Constantin Doldur - 8 opinii separate; Kozsokár Gábor- 6 opinii separate; Aspazia Cojocar - 4 opinii separate; Nicolae Cochinescu - 2; Acsinte Gaspar - 1).

² Căutând Curtea Europeană a Drepturilor Omului pe Lege Start, am reușit să găsim circa șazeci și ceva de decizii, dintr-un total de aproximativ 700 în anul 2005 (aprox. 10% din total), în care este evocată C.E.D.O. Mai interesantă însă decât evocarea în sine a jurisprudenței Curții Europene, este însă modul în care Curtea Constituțională, ori actorii care participă la debaterile acesteia, Guvernul, Avocatul Poporului, ori președinții camerelor, în rarele ocazii când înțeleg să trimită un punct de vedere Curții, înțeleg să invoce sistematic excepțiile care permit excluderea aplicării unui articol sau altul al Convenției, și, prin urmare, respingerea sesizării de constituționalitate care s-ar întemeia pe respectivele articole din Convenție. Având în vedere ușurința cu care se invoca excepțiile, lipsa cântăriri diferitelor interese contradictorii care se aplică în speță, precum și a proporționalității măsurilor impuse de legislator în raport cu scopurile urmărite etc., autorul acestui comentariu are oarecari rezerve în privința potrivirii doctrinare dintre jurisprudența

de întrebare privind capacitatea Curții Constituționale de a proteja drepturi constituționale ale cetățeanului în sesizări ridicate de către acesta direct în fața ei. Deși se poate argumenta că o parte din problemele legate de modul în care se invocă dreptul european în fața Curții țin de cultura juridică și optica părților care apar în fața Curții, în general, o curte neputând transcede chestiunile de fapt și de drept argumentate în fața ei, iar în particular Curtea Constituțională română dezvoltând chiar o doctrină în acest sens, acest argument nu justifică pe deplin, tendința destul de consistentă a Curții de a se alinia unor interpretări restrictive, în care se invocă excepțiile de la aplicarea unui articol sau altul din Convenție, și lipsa cântăririi diferitelor interese contradictorii care se aplică în speță, a proporționalității măsurilor impuse de legislator în raport cu scopurile urmărite etc.¹. Mai mult, expunerea Curții la un punct de vedere restrictiv de libertăți, bazat pe excepții, poate fi eventual atenuată, prin decizia Curții de a permite în viitor depunerea unor concluzii scrise privitoare la cauza respectivă de către orice parte care ar dori să facă acest lucru, așa numiții *Amicus Curiae*² în sistemul american, permisibili în sistemul european¹ ori în

C.E.D.O. și cea a Curții Constituționale, lucru care ridică întrebări, în perspectiva apropiatei aderări a României la UE, în privința capacității de absorbție doctrinară a jurisprudenței Curții Europene de Justiție de către Curtea Constituțională.

¹ Credem că este suficient să amintim în acest context diferențe doctrinare ale Curții față de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care au făcut posibil un caz Brumărescu, ori, și mai interesant, trimitem direct la Decizia nr. 344 din 05/12/2002, a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial, partea I nr. 86 din 11/02/2003, în care este invocată neconstituționalitatea *inter alia* a prevederilor art. 270 Cod procedură penală, în raport cu prevederile art. 20 din Constituție, precum și cu prevederile art. 5 pct. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dată fiind lipsa de independență a procurorilor în raport cu executivul, și pe care Curtea Constituțională, în tandem cu Avocatul Poporului, le găsește „curat constituționale” și în raport cu prevederile Convenției Europene, în condițiile în care Curtea Europeană deja constatare cu ceva timp în urmă, în cazurile Vasilescu c. România, Hotărârea din 22 mai 1998, Culegere de hotărâri și decizii, *Recueil des arrêts et décisions* - 1998, III, pg. 1075, §40, §41 și Pantea c. România nr.33343/96, §238-239, C.E.D.O., 2003-VI, faptul că procurorii români, acționând în calitatea lor de magistrați ai Ministerului Public, nu îndeplinesc exigența de independență în raport cu executivul și în condițiile în care revistele de drept din România publicaseră comentarii doctrinare care atrăgeau atenția la implicațiile cazului Pantea din punct de vedere al Convenției. Astfel, probabil că nici nu mai are importanță că România a mai reușit să piardă anul trecut din motive legate de articolul 270 și cazul Stoianova și Nedelcu, ceea ce arată cât de sistemice sunt aceste probleme doctrinare și greutatea cu care ele se pot corecta, în scopul evitării unor procese în lanț pierdute de România la C.E.D.O.

² Conform Black's Law Dictionary, 5th edition, West Publishing Co, Minneapolis, 1979, la pag. 75, *Amicus Curiae*, care literal înseamnă *prieten al curții*, este o persoană, care are un interes ori o viziune proprie într-o cauză aflată pe rolul curții, și care poate petiționa curtea pentru a i se permite depunerea de concluzii în cauza respectivă, la dorința uneia dintre părți, dar de fapt pentru a sugera o rațională consistență cu propriile sale vederi. Asemenea *amicus curiae* sunt depuse în mod curent în apeluri care privesc probleme de drept de interes public, cum ar fi cazul celor legate de drepturi civile. Astfel de concluzii pot fi depuse de persoane private, de drept privat, ori de guvern. A se vedea și definiția disponibilă on-line la adresa: http://en.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae.

sistemul diferitelor curți de pe mapamond², care, argumentabil, va permite Curții să strângă mai multe puncte de vedere asupra unei cauze controversate.

În sfârșit, deși nu este clar cât de mult iau judecătorii constituționali în considerare posibila reacție a publicului la deciziile lor, nici cât din lipsa de încredere a publicului în justiție³ li se datorează exclusiv și cât disfuncționalității altor curți, problema legitimității de care se bucură Curtea în ochii publicului nu este una cu totul și cu totul secundară. Ori, strict din punct de vedere al acestei legitimități în ochii publicului, chiar dacă este adevărat că o Curte Constituțională nu este necesar să satisfacă o majoritate a publicului cu o decizie sau alta a sa, pentru a dobândi și deține legitimitate în rândul acestuia, nu mai puțin, Curtea va fi capabilă să dezvolte această legitimitate doar prin dezvoltarea suportului unei succesiuni de minorități ale publicului, prin decizii succesive care ar servi interesele acestora⁴. Dincolo însă de satisfacerea prin decizii *a priori* a unei minorități constituită din opoziția parlamentară, care eventual întărește percepția Curții ca apărător al *status quo*-ului în ochii publicului larg, este îndoielnic cum poate contribui aprobarea a doar trei cereri

¹ A se vedea, de exemplu, cu privire la C.E.D.O.: http://www.errc.org/Amicus_index.php.

² Pentru sistemul WTO sau cel al NAFTA, a se vedea de exemplu:

<http://www.law.georgetown.edu/iel/current/amicus/amicuscuriae.html>.

³ Eurobarometrul situează destul de clar justiția printre instituțiile care se bucură de cea mai scăzută încredere în rândurile publicului român, atipic față de situația țărilor membre ale UE, deși nu complet atipic. A se vedea, de exemplu, situarea justiției pe un onorabil loc 13 (din 15 posibile, pe locul 14, respectiv 15 situându-se sindicatele și partidele politice) în anul 2004, e drept înainte de intrarea în vigoare a mandatului noului guvern și de măsurile de reformă ale justiției inițiate de către acesta, la adresa:

http://europa.eu.int/comm/public_opinion/archives/eb/eb62/eb62_ro_exec.pdf (vizitată ultima oară în aprilie 2006). În mod interesant, încrederea publicului român în justiție crescuse cu 9% în primăvara anului 2005 (a se vedea pagina 41 a ultimului Eurobarometru la adresa: http://europa.eu.int/comm/public_opinion/archives/eb/eb63/eb63_nat_ro.pdf) mai înainte de decizia Curții privitoare la legile reformei și ale justiției și la comentariile defavorabile din presă pe marginea acesteia, deci un posibil studiu, interesant, ar încerca să surprindă impactul acelei decizii asupra încrederii în justiție a publicului în general, ori în Curtea Constituțională în particular.

⁴ A se vedea privitor la aceste chestiuni despre legitimitatea curților articolul lui James L. Gibson; Gregory A. Caldeira; Vanessa A. Baird, *On the Legitimacy of National High Courts*, *The American Political Science Review*, 92: 2 (Jun. 1998) 343-458. Legitimitatea curții în ochii publicului și percepția sa de către public ca apărătoare a drepturilor și libertăților în general, nu doar a drepturilor unei minorități parlamentare ori alteia, este importantă și din punctul de vedere al posibilității curții de a-și menține capacitatea de a fi arbitru final în materie constituțională, în situația unor atacuri provenite din partea politicienilor nemulțumiți cu folosirea acestei puteri de către curte. Astfel, se spune adesea că, neavând acces nici la sabie nici la pungă pentru a impune executarea hotărârilor lor, singura putere a curților constă în autoritatea morală pe care acestea ar putea-o avea în rândurile publicului, rezultată din utilizarea puterii lor în scopul impunerii unei convingătoare viziuni morale a ordinii constituționale, curților percepute de către public ca fiind activiste în numele drepturilor individuale ale cetățeanului fiindu-le mai dificil de restrâns prerogativele de către politicieni. În acest sens, a se vedea, de exemplu, Kim Lane Scheppele, *Techniques of Judicial Empowerment*, on-line la adresa:

<http://www.aals.org/profdev/constitutional/scheppele.html> (vizitată ultima oară în aprilie 2006).

dintr-un număr de peste o mie trei sute adresate de cetățeni la satisfacerea succesivă a unor minorități din rândul publicului.

În concluzie la cele spuse mai sus, considerăm ca din datele preliminare pe anul 2005 rezultă că impactul extinderii puterilor Curții Constituționale, în paralel cu încadrarea Curții cu foști membri ai partidului de guvernământ trecut în opoziție a condus la ceea ce era de așteptat să conducă; o explozie în raport cu anul imediat precedent a numărului de cereri de control *a priori* admise de Curte însoțită de o diminuare destul de drastică a celui de cereri *a posteriori* admise. Deși anumiți reprezentanți ai majorității au perceput cu ostilitate activismul¹ nou descoperit al Curții în favoarea minorității parlamentare, propunând diverse măsuri de corectare a acestui curs, evoluția în această direcție a Curții era previzibilă pentru un cercetător al așa numitului fenomen de judicializare al procesului politic, mai îngrijorătoare însă decât acest activism în ochii autorului prezentului comentariu, este tendința înregistrată de Curte în anul 2005 de a admite un număr infim de cereri de control concret, *a posteriori*, adresat de cetățeni, în măsura în care tendința înregistrată în acel an va fi continuată și în anii precedenți, demonstrând, dincolo de o preferință sau alta a Curții, ori de componența temporară a acesteia, o problemă structurală, legată de designul Curții. Căci, dacă una dintre justificările normative principale ale existenței unui organism politic precum Curtea Constituțională este plusul de democrație deliberativă² pe care aceasta îl poate aduce într-o democrație modernă, numărul infim de cereri admise de Curtea română în controlul cerut de cetățeni, ridică întrebări cu privire la deliberativitatea activității de control a Curții.

V. Concluzie. Impactul modificărilor introduse de legiuitor în privința activității Curții Constituționale

În privința impactului includerii printre subiecții care pot sesiza Curtea Constituțională a Avocatul Poporului, se poate constata în urma activității acestei instituții în anul 2005, că impactul includerii este unul extrem de modest pentru acest

¹ Cu privire la semnificația acestei noțiuni și la variabilele sale, a se vedea articolul profesorului Bradley C. Canon, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, în *Judicature*, Vol. 66 No. 6 (December-January 1983), la pag 236 și urm. Strict privitor la intervenția curților constituționale est europene în conturarea diferitelor politici ale reformei, *arguendo* de tipul intervenției Curții Constituționale române în conturarea politicilor reformei justiției, respectiv a D.N.A. și luptei împotriva corupției, există o ostilitate din partea, cel puțin a unei părți, a doctrinei în privința unor asemenea intervenții, bazată pe complexitatea măsurilor pe care le implică reforma, a lipsei de cunoștințe și informație a judecătorilor în privința evoluției unor domenii sociale complexe ca urmare a reformei, și a lipsei legitimității acestora de a contura reforma, în dauna puterilor alese în mod democratic. Cităm, în acest sens, cu titlu de exemplu articolul lui Bojan Bugaric, *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*, 42 Harv. Int'l L.J. 247 (2001).

² A se vedea, de exemplu: Horacio Spector, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, *Law and Philosophy* 22: 285-334, (2003) sau Mark van Hoecke, *Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation*, în *Ratio Juris*, Vol 14 No 4 December 2001 (415-23).

an. Desigur, nu se poate reproșa unei instituții precum Avocatul Poporului, care are o altă misiune principală decât aceea de a ridica în fața Curții Constituționale diverse excepții de neconstituționalitate, că nu îndeplinește exact dorințele și visele politicianilor, mai ales atunci când nu i se alocă fonduri și personal suplimentar în vederea susținerii litigiilor în fața Curții. De asemenea, se poate reproșa politicianilor, refuzul constant de a încredința direct cetățenilor posibilitatea de a ataca în fața Curții orice lege, atât *a posteriori* cât și *a priori*, și preferința lor pentru jumătăți de măsură, justificate mai degrabă prin dorințe și vise decât printr-o analiză realistă și adecvată a capacităților umane și materiale ale unor instituții care sunt încărcate cu sarcini suplimentare, pe care nu le pot duce la îndeplinire. Dar, una peste alta, probabil ca această modificare este făcută să rămână în legislația românească, și, probabil, că cea mai bună cale de urmat de către executiv și legislativ ar fi aceea de a încadra instituția Avocatului Poporului cu personalul și fondurile necesare în vederea extinderii capacității acestei instituții de a susține litigii de neconstituționalitate în fața Curții, monitorizarea constantă a rezultatelor obținute de către această instituție cu resursele suplimentar alocate, precum și insistența celor două puteri ca instituția Avocatului Poporului să își elaboreze de urgență practicile și filosofia necesare în vederea unui mai bun randament al său în această materie.

În privința extinderii puterilor Curții Constituționale și lipsei de atenție a legiuitorului în privința modului în care Curtea este încadrată cu judecători, jurisprudența Curții din anul 2005 demonstrează ceea ce un observator al dreptului constituțional putea să prevadă cu ușurință la momentul schimbării legislative. Și anume, că Înalta Curte va interveni cu putere în jocul constituțional, caracterizat printr-o divizare a puterii politice către o multitudine de partide, eventual în favoarea partidului care a reușit să numească cei mai mulți judecători în Curte. Oarecum previzibil, dată fiind tendința constantă a Curții în această privință, este și numărul mic de cereri de control posterior ale cetățenilor aprobate de Curte în anul 2005, cu toate că surprinde procentajul extrem de mic de cereri de acest tip aprobate, în comparație cu alți ani. Chiar dacă numărul de cereri de acest tip s-a dublat față de anul imediat precedent¹, procentul enorm de mic al lor, aprobat de către Curte, ridică totuși câteva îngrijorări și semne de întrebare, atât cu privire la gradul de legitimitate al Curții în ochii publicului, cât și cu privire la capacitățile sale de a oferi o protecție adecvată și eficientă drepturilor și libertăților cetățenilor prevăzute în Constituție, și la capacitatea sa de a-și integra propria doctrină doctrinei Curții Europene a Drepturilor Omului ori, în viitor, a Curții Europene de Justiție. Cum această tendință pare a fi continuată și în acest an, probabil că o schimbare a perspectivei judecătorilor Curții, venită în urma unei internalizări a celui mai potrivit rol al Curții, ar fi binevenită, cu toate că nu este deloc sigur că aceasta se va produce de la sine.

Dacă aprobarea de către Curte a cererilor de control *a priori* introduse de

¹ Tendință interesantă în sine, continuată în acest an, care poate avea diverse explicații, pe care însă le considerăm a depăși scopul acestei analize.

partidul care a reușit să numească cei mai mulți judecători în Curte, ori invalidarea schimbărilor diferitelor Regulamente ale Parlamentului cerută de către majoritatea parlamentară a stârnit reacții viguroase ale politicianilor, care *post factum* au început să privească cu mai multă atenție modul în care sunt numiți judecătorii constituționali, mult mai puțină atenție a stârnit din partea acestora modul în care Curtea oferă o protecție adecvată și eficiență drepturilor și libertăților cetățenilor prin controlul posterior pe care îl efectuează. Din păcate, ignorarea acestui din urmă aspect în discuțiile despre viitoarele reforme ale Curții Constituționale înseamnă ratarea unui nou prilej, după prilejul ratat al schimbărilor Constituționale din 2003, 2004 de a îmbunătăți activitatea Curții Constituționale în acest domeniu. Desigur, discuția despre eliminarea potențialelor conflicte de interese ale judecătorilor printr-o nouă lege a Curții, ori cele privitoare la numirea acestora, sunt discuții importante, dar dincolo de acestea, o discuție legată de beneficiile și eventualele costuri ale introducerii accesului direct la lucrările Curții a oricărui cetățean (după model german) atât în cadrul controlului anterior cât și a celui interior, este la fel de importantă ca primele două și demult datorată în dreptul românesc¹. În mod similar, apreciem că ar fi oportună discutarea posibilității introducerii unor instituții care să facă posibilă o mai bună și largă dezbateră a problemelor cu înalt potențial conflictual supuse atenției Curții, cum ar fi aceea a așa numitului *Amicus Curiae*, descris mai sus. În sfârșit, poate nu ar fi deloc inutilă organizarea unor mese rotunde ale Curții cu cetățenii, publicarea pe site-ul web al Curții nu doar a deciziilor de admitere ale acesteia, ci a întregului dosar al cererilor respective, inclusiv susținerile complete ale părților participante la dezbateri, și alte măsuri care să ducă la o mai bună cunoaștere de către public a modului în care funcționează Curtea și ia decizii, și eventual la suprimarea aglomerării rolului Curții cu cereri care au același obiect, fără merite, sau slab argumentate. În final, probabil că cea mai rapidă și eficientă schimbare în direcția protejării adecvate a drepturilor și libertăților cetățenilor poate

¹ În ceea ce privește temerea legitimă legată de potențialul unei explozii a cererilor cetățenilor, ca urmare a introducerii accesului direct al cetățenilor la controlul *a priori/a posteriori*, care ar putea conduce la o eventuală blocare a lucrărilor Curții, este interesant de reamintit în acest context că într-o țară care prevede asemenea acces, Ungaria, care totodată a avut una dintre cele mai activiste curți în privința protecției drepturilor cetățenești în anii 90 ai secolului trecut, media cererilor primite anual de acea curte de la cetățeni s-a situat între 1,000 și 1,500 cereri pe an, cărora curtea respectivă le-a făcut cu brio față (a se vedea în acest sens Kim Lane Scheppele, *How Constitutions Work: Rethinking Constitutional Theory through Constitutional Ethnography, Statement of Research*, online la adresa: <http://www.northwestern.edu/legalstudies/Documents/howconstitutions.rtf>, vizitată ultima oară în aprilie 2006). Curtea Constituțională română, prin contrast, nu a avut de soluționat peste 1000 de cereri decât în anul 2005, în majoritatea celorlalți ani de funcționare, având de soluționat undeva sub 500 de cereri. Având în vedere, totuși, tendința crescătoare a numărului de cereri introduse în anii 2002, 2003, și 2004 (2005 consemnând deja o dublare a numărului de cereri față de anul 2002), și eventualele diferențe de cultură juridică și instituții între România și Ungaria, rămâne de dezbătut care ar putea fi impactul introducerii accesului liber al cetățenilor în privința creșterii numărului de petiții și modalitățile prin care Curtea Constituțională română ar putea face față extinderii acestui număr de cereri.

proveni doar dintr-o schimbare de perspectivă a însăși judecătorilor Curții. Deși probabil ca numărul de cereri de control anterior introduse de opoziția parlamentară și aprobate de Curte se va reduce anul acesta, și ca urmare a încheierii majorității reformelor legislative cerute în vederea apropiatei aderări la Uniunea Europeană, scăzând prin urmare presiunea pusă de politicienii majorității asupra Curții în cazul unor decizii nefavorabile acestei majorități ale Curții, și , cu toate că mari schimbări ale legislației Curții sunt puțin probabile având în vedere dificultatea constituirii unor majorități parlamentare care să treacă aceste schimbări, Curtea nu ar trebui să ignore faptul că ceea ce în final îi acordă puterea de a rezista unei presiuni ori alta a politicienilor este legitimitatea de care ea se bucură în ochii publicului. Ori, dincolo de privirile automăgulitoare ale membrilor Curții despre propria lor activitate, această legitimitate în fața publicului larg probabil ca rămâne încă ceva de dobândit în viitor de către Curtea Constituțională română, un deziderat pentru care trebuie lucrat, cu mai multă convingere și dăruire decât până acum.

*

* *

ANEXE

ANEXA 1

Statistica cazurilor admise în controlul anterior și posterior de către Curtea Constituțională, de la funcționare până în 2005 (a se vedea și nota 20 pentru considerațiile metodologice avute în vedere la întocmirea tabelului)

ECHIPA 1 CURTEA GIONEA											
Vasile Gionea (Iliescu, 92-95) președinte C.C.; Ion Filipescu (CD; 92-95); Fazakás Miklos (Senat, 92-95 decedat); Antonie Iorgovan (Senat, 92-96 demisionat); Viorel-Mihai Ciobanu (Senat, 92-98); Mihai Constantinescu (Iliescu, 92-98); Victor-Dan Zlătescu (CD, 92-98); Ioan Muraru (CD, 1992-2001); Florin Bucur Vasilescu (Iliescu, 1992-2001)											
1992				1993				1994			
Anterior		Posterior		Anterior		Posterior		Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
9	2	24	0	11	2	88	10	17	5	116	18
	22.22%		0		18.18%		11.36%		29.41%		15.52%

ECHIPA 1 CURTEA GIONEA (CONTINUARE)			
Vasile Gionea (Iliescu, 92-95) președinte C.C.; Ion Filipescu (CD; 92-95); Fazakás Miklos (Senat, 92-95 decedat); Antonie Iorgovan (Senat, 92-96 demisionat); Viorel-Mihai Ciobanu (Senat, 92-98); Mihai Constantinescu (Iliescu, 92-98); Victor-Dan Zlătescu (CD, 92-98); Ioan Muraru (CD, 1992-2001); Florin Bucur Vasilescu (Iliescu, 1992-2001)			
1995			
Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
19	7	132	8
	36.82%		6.06%

ECHIPA 2 (CURTEA MURARU)											
Ioan Muraru, preşedinte C.C. 95-98 (CD, 1992-2001); Antonie Iorgovan (Senat, 92-96 demisionat); Viorel-Mihai Ciobanu (Senat, 92-98); Mihai Constantinescu (Iliescu, 92-98); Victor-Dan Zlătescu (CD, 92-98); Florin Bucur Vasilescu (Iliescu 1992-2001); Ioan Deleanu (Iliescu, 95-96 nov. demisionat); Romul Petru Vonica (Senat, 1996-2001); Nicolae Popa (preşedinte - Iliescu, 1996-2004); Lucian Stângu (CD, 1995-2004); Costică Bulai (Senat, 1995-2004); Constantin Doldur (CD, 1998-2007) - demisionat 04.2006; Kozsokár Gábor (Senat, 1998-2007)											
1996				1997				1998			
Anterior		Posterior		Anterior		Posterior		Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
12	5	292	11	11	1	570	10	7	1	179	19
	41.66%		3.76%		9.09%		1.75%		14.28%		10.61%

ECHIPA 3 (CURTEA MIHAI)											
Lucian Mihai (Constantinescu, 1998-2001) preşedinte C.C. 1998-2001; Ioan Muraru (CD, 1992-2001); Florin Bucur Vasilescu (Iliescu 1992-2001); Romul Petru Vonica (Senat, 1996-2001); Nicolae Popa (Iliescu, 1996-2004); Lucian Stângu (CD, 1995-2004); Constantin Doldur (CD, 1998-2007); Costică Bulai (Senat, 1995-2004); Kozsokár Gábor (Senat 1998-2007)											
1999				2000				2001			
Anterior		Posterior		Anterior		Posterior		Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
8	1	246	18	3	1	384	13	8	2	432	16
	12.50%		7.31%		33.33%		3.38%		25%		3.70%

ECHIPA 4 (CURTEA POPA)											
Nicolae Popa (Iliescu, 1996-2004) președinte C.C. 2001-2004; Lucian Stângu (CD, 1995-2004); Constantin Doldur (CD, 1998-2007); Costică Bulai (Senat, 1995-2004); Kozsokár Gábor (Senat, 1998-2007); Nicolae Cochinescu (Senat, 2001-2010); Petre Ninosu (Iliescu, 2001-2010); Șerban Viorel Stănoiu (Iliescu, 2001-2007); Ioan Vida (CD, 2001-2010)											
2002				2003				2004			
Anterior		Posterior		Anterior		Posterior		Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
5	1	539	8	5	2	573	12	7	0	728	8
	20%		1.48%		40%		2.09%		0%		1.09%

ECHIPA 5 (CURTEA VIDA)											
Ioan Vida (Camera Deputaților 2001-2010) președinte C.C. 2004-2007; Constantin Doldur (CD, 1998-2007* demisionat aprilie 2006); Kozsokár Gábor (Senat, 1998-2007); Nicolae Cochinescu (Senat, 2001-2010); Petre Ninosu (Iliescu, 2001-2010); Șerban Viorel Stănoiu (Iliescu, 2001-2007); Acsinte Gaspar (2004-); Aspazia Cojocar (CD, 2004-2013); Ion Predescu (Senat, 2004-2013)											
2005				2006 (până la 31 martie)				2007			
Anterior		Posterior		Anterior		Posterior		Anterior		Posterior	
Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise	Total Introduse	Admise
13	6	1039	3	3	2	526	1	-	-	-	-
	46.15%		0.28%		66.6%*		0.19%*				

ANEXA 2

Decizii de neconstituționalitate*

2005

A) În controlul anterior

- 1) Decizia nr. 217 din 20 aprilie 2005, privind sesizările de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 alin. (2), art. 17 alin.(1) lit. b) și alin.(4), art.18 alin.(3), art.28 alin.(1), art.30 alin.(1), art.31 alin.(1), art.32 și art.36 din Legea privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, Publicată în Monitorul Oficial nr.417 din 18.05.2005 (on-line la: http://www.ccr.ro/decisions/pdf/ro/2005/D217_05.pdf)
- 2) Decizia nr.235 din 5 mai 2005, privind sesizarea de neconstituționalitate a prevederilor art. I pct.2 din Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.103/2004 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.43/2002 privind Parchetul Național anticorupție, cu referire la art.13 alin.(1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.43/2002, Publicată în Monitorul Oficial nr.462 din 31.05.2005
- 3) Decizia nr.255 din 11 mai 2005, privind sesizarea de neconstituționalitate a Legii pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.100/2004 privind trecerea unor terenuri forestiere din proprietatea publică a statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor - Romsilva în proprietatea Arhiepiscopiei Sucevei și Rădăuților, Publicată în Monitorul Oficial nr.511 din 16.06.2005
- 4) Decizia nr.375 din 6 iulie 2005, referitoare la sesizările de neconstituționalitate a Legii privind reforma În domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, Publicată în Monitorul Oficial nr.591 din 08.07.2005
- 5) Decizia nr.418 din 18 iulie 2005 asupra sesizării de neconstituționalitate a Legii privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată medical, publicată în Monitorul Oficial nr.664 din 26.07.2005
- 6) Decizia nr.600 din 9 noiembrie 2005, cu privire la constituționalitatea Legii pentru reglementarea situației juridice a unor bunuri care au aparținut fostului suveran al României, Mihai I, publicată în Monitorul Oficial nr.1060 din 26.11.2005

B) Controlul regulamentelor Parlamentului

- 1) Decizia nr.62 din 1 februarie 2005 privind constituționalitatea dispozițiilor art.25 din Regulamentul Camerei Deputaților, Publicare: Monitorul Oficial nr.153 din 21.02.2005 (Opinie separată - judecătorii Doldur și Bagor/ A se vedea tabloul opiniilor separate imediat următor)

- 2) Decizia nr.601 din 14 noiembrie 2005 privind constituționalitatea dispozițiilor art.4 alin.(5), art.12 alin.(1), art.30 alin.(1) și (2), art.31, art.32 alin.(1), art.38 alin.(1), art.121 alin.(1) și ale art.170 alin.(2) din Regulamentul Senatului, aprobat prin Hotărârea nr.28 din 24 octombrie 2005, Publicare: Monitorul Oficial nr.1022 din 17.11.2005
- 3) Decizia nr.602 din 14 noiembrie 2005 privind constituționalitatea dispozițiilor art.25, art.251 alin.(1), (2), (4), (5) și (7), art.252 alin.(1) și (2), art.43 alin.(5), art.48 alin.(4), art.86 alin.(2) pct.3 lit. c) și ale art.86 alin.(3) pct.2 lit.e2) și e3) din Regulamentul Camerei Deputaților, Publicată în Monitorul Oficial nr.1027 din 18.11.2005

C) Controlul posterior

- 1) Decizia nr.90 din 10 februarie 2005 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.15 alin. (1) din Legea nr.80/1995 privind Statutul cadrelor militare, Publicată în Monitorul Oficial nr.245 din 24.03.2005
- 2) Decizia nr.176 din 24 martie 2005 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.302 1 alin. (1) lit. a) din Codul de procedură civilă, Publicată în Monitorul Oficial nr.356 din 27.04.2005
- 3) Decizia nr.568 din 2 noiembrie 2005 privind excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct.25 și pct.39 din Legea nr.163/2005 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.138/2004 pentru modificarea și completarea Legii nr.571/2003 privind Codul fiscal, prin care au fost introduse dispozițiile art.771 și art.772 În Legea nr.571/2003 și, respectiv, au fost modificate dispozițiile art. III din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.138/2004, Publicată în Monitorul Oficial nr.1060 din 26.11.2005

Lista și textul complet al acestora se afla pe site-ul Curții, la adresa: <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=decisions/2005>

*(Am decis să nu includem în acest tabloul de mai sus și lista celor trei decizii de neconstituționalitate din 2006, două în control anterior și una în control posterior, fiind vorba doar de date până la sfârșitul lui martie 2006. În plus, tendința înregistrată de Curte în primele luni ale anului 2006 nu este diferită de cea înregistrată de Curte în anul 2005).

Număr Decizie/ Materia supusă controlului	Autorul/ Autorii opiniei separate
Decizie nr. 566 din 20/12/2004 - referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 32 ¹ alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale (Pronunțată după modificarea Legii Curții Constituționale, în 2004)	Aspazia Cojocaru
1. Decizie nr. 62 din 01/02/2005 - privind constituționalitatea dispozițiilor art. 25 din Regulamentul Camerei Deputaților	Constantin Doldur și Kozsokár Gábor
2. Decizie nr. 159 din 22/03/2005 - referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 6 alin. (5) din Regulamentul-cadru de organizare și funcționare a consiliilor locale, aprobat prin Ordonanța Guvernului nr. 35/2002	Constantin Doldur
3. Decizie nr. 176 din 24/03/2005 - referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 302 ¹ alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă	Kozsokár Gábor
4. Decizie nr. 235 din 05/05/2005 - privind sesizarea de neconstituționalitate a prevederilor art. I pct. 2 din Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 103/2004 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție, cu referire la art. 13 alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2002	Nicolae Cochinescu și Constantin Doldur
5. Decizie nr. 255 din 11/05/2005 - privind sesizarea de neconstituționalitate a Legii pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 100/2004 privind trecerea unor terenuri forestiere din proprietatea publică a statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor - Romsilva în proprietatea Arhiepiscopiei Sucevei și Rădăuților	Aspazia Cojocaru; Constantin Doldur; Kozsokár Gábor și Acsinte Gaspar

6. Decizie nr. 375 din 06/07/2005 - referitoare la sesizările de neconstituționalitate a Legii privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente*)	Aspazia Cojocar; Constantin Doldur; Kozsokár Gábor
7. Decizie nr. 538 din 18/10/2005 - referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 55 alin. 1 din Codul familiei	Aspazia Cojocar
8. Decizie nr. 602 din 14/11/2005 - privind constituționalitatea dispozițiilor art. 25, art. 25 ¹ alin. (1), (2), (4), (5) și (7), art. 25 ² alin. (1) și (2), art. 43 alin. (5), art. 48 alin. (4), art. 86 alin. (2) pct. 2 lit. c) și ale art. 86 alin. (3) pct. 2 lit. e ²) și e ³) din Regulamentul Camerei Deputaților	Constantin Doldur și Kozsokár Gábor
9. Decizie nr. 601 din 14/11/2005 - privind constituționalitatea dispozițiilor art. 4 alin. (5), art. 12 alin. (1), art. 30 alin. (1) și (2), art. 31, art. 32 alin. (1), art. 38 alin. (1), art. 121 alin. (1) și ale art. 170 alin. (2) din Regulamentul Senatului, aprobat prin Hotărârea nr. 28 din 24 octombrie 2005	Constantin Doldur și Kozsokár Gábor
10. Decizie nr. 674 din 15/12/2005 - referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 48 din O.U.G. nr. 26/2004 privind unele măsuri pentru finalizarea privatizării societăților comerciale aflate în portofoliul Autorității pentru Privatizare și Administrarea Participațiilor Statului și consolidarea unor privatizări, precum și a O.U.G. nr. 54/2005 pentru modificarea art. 48 din O.U.G. nr. 26/2004	Nicolae Cochinescu și Constantin Doldur

ANEXA 3

Un comentariu logico-deductiv al Deciziei nr. 235 din 05/05/2005 privind sesizarea de neconstituționalitate a prevederilor art. I pct. 2 din Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 103/2004 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție, cu referire la art. 13 alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2002 (pentru o critică a întregului proces legislativ privitor la P.N.A., a se vedea comentariul disponibil on-line la adresa: <http://www.sojust.ro/forum/viewtopic.php?t=110&sid=3b5b289bea7dd203808b78f607aed107>).

I. PROBLEMA DEDUSĂ JUDECĂȚII CURȚII:

Este neconstituțională Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 103/2004 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție, care în art. 13, la lit. b prevede competența Parchetului Național Anticorupție de a urmări infracțiunile comise de parlamentari, având în vedere art. 72 alin. b din Constituție?

II. RĂSPUNSUL CURȚII (MAJORITATEA):

Da, este neconstituțională.

III. OPINIA MINORITARĂ:

Este constituțională

IV. CONCLUZIA MAJORITĂȚII:

Intenția legiuitorului e clară și în direcția în care o interpretează curtea

V. STRUCTURA SCHEMATICĂ A ARGUMENTELOR MAJORITĂȚII ȘI CRITICII ACESTORA

A. VOINȚA (INTENȚIA) LEGIUITORULUI ESTE CLARĂ „COMPETENȚA APARTINE DOAR PARCHETULUI Î.C.C.J.” (MAJORITATE)

1. ARGUMENT TEXTUAL (Interpretarea este Gramaticala) (art. 72) - Intenția legiuitorului constituant de a stabili competența exclusivă a Parchetului de pe lângă Î.C.C.J. de a efectua urmărirea și trimiterea în judecată penală a parlamentarilor este

evidentă dată fiind sintagma numai folosită de legiuitor, care are un caracter imperativ și exclusiv.

CRITICA 1 (VOINȚA LEGIUTORULUI NU ESTE CLAR EXPRIMATĂ) - PREMISA IMPLICITĂ A MAJORITĂȚII NU SE VERIFICĂ EMPIRIC, CI ESTE INFIRMATĂ EMPIRIC, în urma consultării documentelor rezultate din procesul legislativ. Mai mult, documentele rezultate din procesul legislativ conduc la cu totul alta concluzie, că textul constituțional invocat de către Curte avea cu totul alt scop și altă utilitate.

CRITICA 2 (TEXTUL ARE ALT ÎNȚELES DECÂT CEL AFIRMAT DE MAJORITATE) PREMISA EXPLICITĂ

CRITICA 3 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE NU ESTE CEL POTRIVIT)

CRITICA 4 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE ESTE NEJUSTIFICAT)

Majoritatea nu oferă nici o rațională persuasivă pentru care cadrul de referință ales de ea ar fi cel potrivit.

B. SCOPUL NORMEI DE LA ART. 72 AR FI ÎNCĂLCAT DACĂ P.N.A. AR URMĂRI PARLAMENTARII (majoritate)

CRITICA 1 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE NU ESTE CEL POTRIVIT)

CRITICA 2 (INTERPRETAREA MAJORITĂȚII CONDUCE LA CONTRAZICEREA SCOPULUI AFIRMAT DE LEGIUTOR) în subsidiar DACĂ LEGIUTORUL AR FI AVUT DREPT SCOP CA DOAR PARCHETUL GENERAL SĂ URMĂREASCĂ PARLAMENTARII, NU ERA NECESARĂ MODIFICAREA CONSTITUȚIEI, CI ALT MIJLOC, MAI PROPORȚIONAL CU SCOPUL URMĂRIT (pentru atingerea unui asemenea scop nu era necesară revizuirea Constituției, fiind suficientă modificarea în sensul dorit a legii organice a Parchetului Național Anticorupție, Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 43/2002)

C. CONCLUZIA LA CARE SE AJUNGE ÎN URMA UNEI INTERPRETĂRI SAU ALTEIA NU PROVOACĂ CONSECINȚE NEDORITE

1. ARGUMENTUL PRIVITOR LA CONCLUZIILE PRACTICE ALE INTERPRETĂRII (AL MAJORITĂȚII)

CRITICA 1 (JUDECATA PREDICTIVĂ PE CARE O FACE MAJORITATEA NU ESTE FACTUAL CORECTĂ/POLITICA DECLARATĂ DE LEGIUTORUL CONSTITUȚIONAL NU ESTE ÎNDEPLINITĂ ÎN INTERPRETAREA DATĂ DE MAJORITATE).

VI. ARGUMENTUL(ELE) MAJORITĂȚII. CRITICA ACESTORA PE LARG

A. VOINȚA (INTENȚIA) LEGIUTORULUI ESTE CLARĂ: „COMPETENȚA APARTINE DOAR PARCHETULUI Î.C.C.J.”

1. ARGUMENT TEXTUAL (Interpretarea este Gramaticală) (art. 72) - Intenția legiutorului constituant de a stabili competența exclusivă a Parchetului de pe lângă Î.C.C.J. de a efectua urmărirea și trimiterea în judecată penală a parlamentarilor este evidentă dată fiind sintagma „numai” folosită de legiutor, care are un caracter imperativ și exclusiv.

CRITICA 1 (VOINȚA LEGIUTORULUI NU ESTE CLAR EXPRIMATĂ) - PREMISA IMPLICITĂ (1) a Curții este aceea ca sintagma numai ar fi ajuns cu intenție acolo unde este, în alte cuvinte, ca textul art. 72 ar fi fost dezbătut, respectiv votat după dezbateri în cunoștință de cauză, iar votul final ar fi fost informat. Această premisă implicită trebuie verificată empiric, iar verificarea empirică se poate face prin analiza dezbaterilor legislative, respectiv a diferitelor propuneri supuse dezbaterilor de către legiutor.

VERIFICAREA EMPIRICĂ A PREMISEI IMPLICITE A CURȚII. În forma propusă de inițiatorul proiectului de revizuire, prezentată în Camera Inferioară, nu exista nici un paragraf în legătură cu vreun organ în mod special competent să facă urmărirea, forma propusă de inițiator urmărind destul de fidel art. 69 din vechea Constituție a României.

După primirea avizelor favorabile din partea Consiliului Legislativ și a comisiilor solicitate pentru avizare, Camera Deputaților adoptă în formula propusă de Guvern (deci fără paragraful referitor la urmărire) ceea ce urma să devină art. 72 din Constituția revizuită, la data de 30.06. 2003, înaintând întregul proiect de revizuire a Constituției spre aprobarea Senatului.

La data de 2.07.2003, proiectul de revizuire, conținând viitorul art. 72 fără nici un paragraf legat de organul competent de urmărirea parlamentarilor, era înaintat pentru raport la Comisia Senatului pentru elaborarea propunerii legislative privind revizuirea Constituției, care, la data de 6.08.2003 îl aviza favorabil, cu anumite amendamente.

Printre aceste amendamente, la pagina 5-6 din raport apărea un amendament introdus de senatorul Ion Predescu, în prezent judecător la Curtea Constituțională, prin care urmărirea senatorilor și deputaților era prevăzută a se efectua de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. Motivarea

introducerii acestui amendament era (sic) „pentru evitarea șicanării parlamentarilor pe calea acțiunii penale directe formulate în fața instanței”.

În ședința Senatului din 26 august 2003 era votat viitorul art. 72, cu 105 voturi pentru, 4 voturi împotrivă și nici o abținere, conform președintelui Senatului, Nicolae Văcăroiu. Stenograma ședinței respective conține la punctul care îl discutăm în acest context următoarele:

Domnul Nicolae Văcăroiu: „Trecem la nr. crt. 16, pct. 32 din Legea de revizuire a Constituției. Vă rog, dacă sunt intervenții? Avem aici un amendament respins, dacă mai sunt intervenții? Nu sunt. Vă rog să votați! Cu 105 voturi pentru, 4 voturi împotrivă și nici o abținere, s-a adoptat”.

Stenograma menționează un amendament respins. Cum singurul amendament la textul adoptat de Cameră fusese cel introdus în Comisia din Senat de senatorul Predescu, o concluzie care ar putea fi trasă ar fi aceea că, de fapt, acest amendament a fost respins și că plenul Senatului a votat textul fără acest amendament. Ulterior, din eroare, amendamentul Predescu a reapărut în textul adoptat de Senat, tot din eroare fiind negociat în comisia de mediere, aprobat de această comisie din eroare, în unanimitate, votat din eroare¹ în plenul camerei de o majoritate de 244 deputați (46 votând împotrivă) și tot din eroare devenit text final al Constituției revizuite.

CONCLUZIE. Premisa implicită pe care se sprijină raționamentul Curții nu se poate verifica în baza documentelor pe care le avem la îndemână în urma procesului legislativ. Mai mult, documentele rezultate din procesul legislativ conduc la cu totul altă concluzie, că textul Constituțional invocat de către Curte avea cu totul alt scop și alta utilitate. În plus, explicația dată în argumentul guvernului, că sintagma „Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție”, cuprinsă în textul alin. (2) al art. 72, trebuie înțeleasă și interpretată în contextul întregului text din teza a doua a aceleiași alineat. Astfel, întrucât în ultima parte a dispozițiilor alin. (2) teza a doua (ultima propoziție) se prevede că aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție competența de judecată a deputaților și senatorilor, deci celei mai înalte instanțe din sistemul organelor judiciare, în mod logic, simetric și potrivit principiilor Codului de procedură penală, competența revine procurorului de la parchetul corespunzător instanței care, potrivit legii, judecă în primă instanță cauza este mai în acord cu motivația introdusă de senatorul Predescu pentru justificarea amendamentului privitor la urmărire, care, după cum am văzut, era pentru evitarea șicanării parlamentarilor pe calea acțiunii penale directe formulate în fața instanței (bineînțeles că opinia majorității nu ne oferă nici o motivație pentru care această

¹ Deputatul Văsălie Moiş afirma în respectiva ședință, în alt context: „Domnule președinte, am înțeles că nu se dorește să se ajungă în faza a doua a negocierii și se dorește să se treacă acest raport de mediere astăzi, în Camera Deputaților, așa cum a fost formulat. Dar vreau să vă atrag atenția că sunt niște greșeli foarte grave, care vor antama până la urmă credibilitatea acestui Parlament. Putem adopta orice fel de text constituțional, până la urmă, dar nu putem silui limba română. Vă rog să observați că alin. 2, așa cum este formulat, nu este corect, nici din punct de vedere semantic, nici din punct de vedere al reglementării constituționale”.

interpretare nu ar fi mai potrivită cu voința exprimată de legiuitor, întrucât nici măcar nu o ia în considerare, cântărește, sau oferă vreo rațiune pentru care interpretarea nu ar fi potrivită).

Să presupunem, *arguendo*, că voința legiuitorului poate fi clar dedusă din text.

2. ARGUMENT TEXTUAL (Majoritatea)/CRITICĂ ÎN BAZA UNUI ARGUMENT INTERTEXTUAL/STRUCTURAL (Minoritatea)¹

Urmărirea parlamentarilor de către Parchetul de pe lângă Î.C.C.J., prevăzută de alin. 2 al art. 72 este o normă strictă de procedură. Această regulă de procedură nu poate fi încălcată prin alte reguli impuse în legislație inferioară constituției. (Majoritatea)

CRITICA 2 (TEXTUL ARE ALT ÎNȚELES DECÂT CEL AFIRMAT DE MAJORITATE). PREMISA EXPLICITĂ (2) a majorității este că teza privitoare la urmărire din alin. 2 al art. 72 este o normă strictă de procedură. Această premisă se deduce din interpretarea textuală (gramaticală) a art. 72. Critica minorității (guvernului)(rezultată dintr-o interpretare logico-sistematică) se referă la faptul că norma respectivă nu este situată printre normele de organizare și funcționare ale Ministerului Public din Constituție (art. 131 și 132 din Constituție), care ar privi eventualele norme de procedură, ci în secțiunea a 2-a, intitulată „Statutul deputaților și senatorilor”, din capitolul I „Parlamentul” al titlului III, având prin urmare alt rol decât o normă de procedură (având deci, prin natura, sa funcția de a defini una dintre condițiile de tragere la răspundere juridică a membrilor Parlamentului, iar nu rolul de a stabili organizarea și funcționarea Ministerului Public - extras din opinia minoritară).

Per a contrario, dacă legiuitorul constituant ar fi intenționat să facă din această normă una de procedură, nimic nu l-ar fi împiedicat să procedeze cum a procedat cu normele de procedură privitoare la parchet pe care le-a inclus în alt titlu (art. 131, 132 Constituție). Deci, în loc de a fi o normă de procedură, teza 2 a alin. 2 din art. 72 este pur și simplu o normă generică, al cărei scop nu este unul de procedură, ci unul de protecție a parlamentarului.

Răspunsul majorității la această critică nu constă într-o evaluare a argumentelor avansate de minoritate și în oferirea unor rațiuni/criterii pentru respingerea lor ci într-o exagerare ideologică (*ideological overstatement*) a premisei inițiale (teza de la alin. 2 art. 72 este normă procedurală), care previne examinarea unei alte evidențe sau argument care ar purta asupra discuției validității premisei de

¹ Argumentele intratextuale încearcă să determine definiția unui termen comparându-l cu alte porțiuni din text; cele structurale încearcă să definească scopul normei definite în dispozițiile relevante ale unui text; interpretare gramaticală de către majoritate, logico-sistematică de către minoritate.

la care pleacă majoritatea.

Prevederile art. 131 alin. (3) din Constituție, conform cărora „parchetele funcționează pe lângă instanțele de judecată”, nu exclud posibilitatea ca pe lângă o instanță să funcționeze, în condițiile legii, mai multe parchete.

Astfel, s-a putut prevedea că și Parchetul Național Anticorupție funcționează pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, fără ca structurile sale teritoriale să fie arondate instanțelor judecătorești. Curtea constată însă că art. 72 alin. (2) teza a doua din Constituție nu dispune că urmărirea și trimiterea în judecată penală a deputaților și a senatorilor se pot face de un parchet care funcționează pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, ci textul constituțional identifică, printr-o denumire proprie, parchetul exclusiv competent de a efectua urmărirea penală și trimiterea în judecată, acesta fiind „Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție”, ceea ce exclude orice asimilare a acestuia cu un alt parchet. Atunci când Constituția indică cu litere mari un subiect de drept - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție - nu se poate trage concluzia potrivit căreia ne-am afla în fața unei denumiri generice, aptă să absoarbă în conținutul său orice parchet organizat pe lângă instanța supremă, care la rândul ei este unică.

CRITICA 3 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE NU ESTE CEL POTRIVIT)

Majoritatea afirmă că determină intenția legiuitorului:

- a) Nu numai în raport cu tehnica redacțională a textului examinat (întrebare: examinează majoritatea această tehnică? Mie îmi pare că o respinge imediat. Adică respinge imediat argumentele de poziționare în textul constituției invocate de guvern/c.d./minoritate și spune că mai degrabă decât tehnica redacțională a întreg textului constituției, majoritatea va examina mai degrabă doar realitatea organizatorică, din momentul revizuirii), ci și
- b) în raport cu realitatea organizatorică a celor două instituții (P.N.A./Parchet general) în alcătuirea sistemului autorităților publice
- c) din momentul finalizării procesului de revizuire a Constituției (întrebare: este apropiat cadrul acesta de referință? Prezumția implicită ar fi că atunci se oprește alegerea legiuitorului constituțional, care ar face alegerile în cunoștință de cauză. Am văzut mai sus cât de în cunoștință de cauză alegea acel legiuitor).

Astfel fiind, Curtea reține că legiuitorul constituant, ținând seama de existența Parchetului Național Anticorupție organizat autonom față de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, a prevăzut în mod clar competența exclusivă a celui din urmă de a efectua urmărirea și trimiterea în judecată penală a deputaților și senatorilor, indiferent de natura infracțiunilor săvârșite (DIN NOU PREZUMȚIA Curtii).

Raționamentul (circular al) Majorității pare următorul:

- legiuitorul constituant, știa că Parchetului Național Anticorupție e autonom față de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție
- legiuitorul constituant VOIA ca DOAR Parchetul de pe lângă Înalta Curte de

Casație și Justiție să urmărească parlamentarii

- DECI legiuitorul constituant a prevăzut în mod clar competența exclusivă a Parchetului Național Anticorupție de a urmări parlamentari.

Critica minorității. Cadrul de referință îl constituie Constituția (în art. 131, 132 coroborat eventual cu art. 126, și cu ordonanța de înființare a P.N.A., și nu art. 72 coroborat cu art. 2 din această ordonanță. Distincția majoră privește articolele din Constituție din care deducem cadrul de referință. Strict privitor la ordonanță, în locul emfazei pe trăsăturile autonome ale P.N.A. preferate de majoritate, minoritatea preferă emfaza trăsăturilor de subordonare).

1. pot exista mai multe parchete sau nici unul pe lângă instanțe (PRINCIPIU)

Spre deosebire de nominalizarea expresă în art. 126 din Constituție a Înaltei Curți de Casație și Justiție printre instanțele judecătorești, care îi consacră acestuia statut constituțional de unicatitate, Constituția nu nominalizează parchetele în dispozițiile referitoare la Parchete din Constituție, și nu instituie obligativitatea înființării câte a unui singur parchet pe lângă fiecare instanță, ci lasă la libertatea legiuitorului ordinar înființarea mai multor parchete pe lângă aceeași instanță, sau posibilitatea neînființării vreunui parchet. Istoric, legiuitorul (ordinar) a înființat sau desființat parchete funcție de necesitățile apărării sociale (*public policy*), fapt demonstrat de sistemul judiciar care a funcționat până în 1948, în care parchetele erau organizate numai pe lângă tribunale, curți de apel și Curtea de Casație, dar nu și pe lângă judecătorii.

2. P.N.A. a fost atașat de la înființare Înaltei Curți de Casație și Justiție (APLICARE PRINCIPIU)

În art. 1 alin. (3) din ordonanță s-a precizat că P.N.A. este coordonat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și că procurorul general al Parchetului Național Anticorupție este asimilat adjunctului procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

3. Această atașare a fost precizată explicit prin actele ulterioare...

Precizate explicit prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 102/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 26/2004, în sensul că Parchetul Național Anticorupție „funcționează pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție ca parchet specializat în combaterea infracțiunilor de corupție”. Precizarea era necesară pentru evitarea oricărei alte interpretări, în condițiile în care prin Legea nr. 429/2003 de revizuire a Constituției, art. 130 (devenit după republicare art. 131) a fost completat cu un alineat nou (3), prin care se statuează că „parchetele funcționează pe lângă instanțele de judecată”. De asemenea, prin art. 76 alin. (1) din Legea nr. 304/2004

pentru organizarea judiciară s-a prevăzut că Parchetul Național Anticorupție funcționează ca „parchet pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție”.

4. DECI funcționarea P.N.A. este constituțională

CRITICA 4 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE ESTE NEJUSTIFICAT)

Majoritatea nu oferă nici o rațională persuasivă pentru care cadrul de referință ales de ea ar fi cel potrivit (alin. 2 art. 72 prevede urmărirea exclusivă a parlamentarilor doar de către Parchetul de pe lângă Î.C.C.J.; norma respectivă e o normă de procedură ambele rezultă din interpretarea după metoda gramaticală; prezumția că voința legiuitorului este clar exprimată în textul respectiv și poate fi descifrată imediat doar prin metoda gramaticală etc.) sau, în alte cuvinte, de ce premisele pe care se bazează ea și interpretarea pur gramaticală pe care o face pentru a ajunge la concluziile la care ajunge, ar fi singurele acceptabile în speță. Pentru a oferi o ipoteză persuasivă, majoritatea ar fi trebuit să analizeze în detaliu (eventualele cadre) cadrele de referință posibile, sau măcar cadrul de referință la îndemână, propus de minoritate, și să ofere argumente pentru respingerea acestor cadre. Singurul loc în care majoritatea încearcă o analiză a acestor cadre este discuția la care am făcut referire mai sus, la critica 2 (prevederile art. 131 alin. (3) din Constituție, conform cărora „parchetele funcționează pe lângă instanțele de judecată”, nu exclud posibilitatea ca pe lângă o instanță să funcționeze, în condițiile legii, mai multe parchete) discuție pe care însă majoritatea o abandonează rapid printr-o supralicitare ideologică (*ideological overstatement*), al cărei rol este chiar acela de a respinge criteriile avansate de minoritate fără a le analiza deloc.

B. SCOPUL NORMEI DE LA ART. 72 AR FI ÎNCĂLCAT DACĂ P.N.A. AR URMĂRI PARLAMENTARIII

1. ARGUMENT PRIVITOR LA SCOP¹

Majoritatea crede că scopul normei de la alin. 2 art. 72 ar fi ca cercetarea și trimiterea în judecată a parlamentarilor să se facă de cea mai înaltă autoritate judiciară, cu atribuții de conducere și supraveghere a urmăririi penale. Or, această autoritate este Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, al cărui conducător coordonează și activitatea Parchetului Național Anticorupție (aici majoritatea alege ce îi convine din legile de organizare a P.N.A.). În subsidiar (acest

¹ Majoritatea și minoritatea par a fi oarecum în acord că scopul normei de la alin. 2 art. 72 ar fi protecția față de eventuale abuzuri, șicane sau constrângeri la care ar putea fi expuși parlamentarii la niveluri inferioare de instrumentare a cauzelor penale. Dezacordul pleacă de la caracterul normelor care ar asigura protecția, respectiv de la modalitățile practice în care s-ar putea realiza concret acest scop.

argument apare primul în decizia Curții) majoritatea afirmă că norma din alin. (2) art. 72 din Constituție stabilește competența de urmărire penală după calitatea persoanei (prezumția implicită este din nou că avem o normă de competență). Dispozițiile privitoare la P.N.A. stabilesc această competență după materie, deci încalcă Constituția.

CRITICA 1 (CADRUL DE REFERINȚĂ ALES DE MAJORITATE NU ESTE CEL POTRIVIT)

Opinia minorității, pe care o redăm integral mai jos este în întregime pentru un alt cadru.

Instituirea competenței Parchetului Național Anticorupție de a efectua urmărirea penală în cazul infracțiunilor de corupție comise de deputați și senatori și de a dispune trimiterea acestora în judecată pentru infracțiunile comise corespunde întru totul cu scopul urmărit de legiuitorul constituant în norma prevăzută de art. 72 alin. (1), privind imunitatea parlamentară, dat fiind că prin poziția acestui parchet în sistemul judiciar, prin organizare și prin normele pe care își întemeiază activitatea, se asigură cea mai solidă protecție a parlamentarilor împotriva șicanelor și abuzurilor de care ar avea a se teme în faza de urmărire a procesului penal sau în situația creată prin judecarea lor pe calea acțiunii directe formulate în fața instanței de judecată.

Normele de la art. 131 și 132 din Constituție definesc Ministerul Public ca o instituție independentă de interese partizane și, deci, la adăpost față de imixtiuni de orice natură, iar procurorilor le impune să-și exercite atribuțiile în mod imparțial și în limitele legii, sub controlul ierarhic prevăzut de lege, asupra modului în care respectă aceste principii constituționale.

Deosebit de aceste garanții de independență și imparțialitate, comune tuturor procurorilor din sistemul judiciar, procurorii din Parchetul Național Anticorupție prezintă garanțiile generate de poziția în care se află instituția lor, care funcționează pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, și sunt coordonați direct de către procurorul general al parchetului din vârful ierarhiei Ministerului Public. Existența garanțiilor maxime de imparțialitate și independență în persoana procurorilor care compun Parchetul Național Anticorupție explică și faptul că acestora li s-a stabilit prin lege competența exclusivă de a efectua urmărirea penală și trimiterea în judecată pentru infracțiuni de corupție, în cazul altor înalți demnitari și funcționari ai statului.

CRITICA 2 (INTERPRETAREA MAJORITĂȚII CONDUCE LA CONTRAZICEREA SCOPULUI AFIRMAT DE LEGIUITOR) Scopul declarat de legiuitor - lupta împotriva corupției/integrare - ar fi înfrânt dacă am considera că legiuitorul a urmărit înlăturarea competenței P.N.A. de a ancheta chiar infracțiunile pentru care anchetarea cărora a fost înființat).

În cuvintele minorității:

Având în vedere că la data când a fost revizuită Legea fundamentală, Parchetul Național Anticorupție exista și funcționa, că rațiunea existenței acestei instituții era

aceea de a descuraja fenomenul corupției la nivel înalt și că obiectivul principal al revizuirii l-a constituit crearea cadrului constituțional de aderare a României la Uniunea Europeană - iar eradicarea corupției la nivelul celor mai înalte autorități ale statului era și atunci, cum este și în prezent, una dintre condițiile de bază ale primirii României în organizația amintită - considerăm că este cu totul de neacceptat teza că legiuitorul constituant a urmărit înlăturarea din competența Parchetului Național Anticorupție a cercetării infracțiunilor de corupție comise de deputați și senatori. (DACĂ LEGIUITORUL AR FI AVUT DREPT SCOP CA DOAR PARCHETUL GENERAL SĂ URMĂREASCĂ PARLAMENTARIIL, NU ERA NECESARĂ MODIFICAREA CONSTITUȚIEI, CI ALT MIJLOC, MAI PROPORȚIONAL CU SCOPUL URMĂRIT).

Tot în cuvintele minorității:

De altfel, pentru atingerea unui asemenea scop nu era necesară revizuirea Constituției, fiind suficientă modificarea în sensul dorit a legii organice a Parchetului Național Anticorupție, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2002.

C. CONCLUZIA LA CARE SE AJUNGE ÎN URMA UNEI INTERPRETĂRI SAU ALTEIA NU PROVOACĂ CONSECINȚE NEDORITE

1. ARGUMENT PRIVITOR LA CONCLUZIILE PRACTICE ALE INTERPRETĂRII. Interpretarea normei de la alin. 2 art. 72 ca normă exclusivă de competență, care ar permite urmărirea parlamentarilor numai de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nu ar avea semnificația absolvirii de răspundere penală a parlamentarilor (Majoritatea).

CRITICA 1 (JUDECATA PREDICTIVĂ PE CARE O FACE MAJORITATEA NU ESTE FACTUAL CORECTĂ/POLITICA DECLARATĂ DE LEGIUITORUL CONSTITUȚIONAL NU ESTE ÎNDEPLINITĂ ÎN INTERPRETAREA DATĂ DE MAJORITATE).

Majoritatea caracterizează aici greșit problema pe care o are de rezolvat, probabil în scopul de a oferi un argument care în principiu rezolvă problema falsă ridicată. Discuția însă nu se poartă în jurul înlăturării totale a răspunderii penale a parlamentarilor, ci a efectelor practice la care conduce înlăturarea urmăririi de către P.N.A. Ori, așa cum afirmă însăși procurorul general al României, Ilie Botoș, D.N.A. este o instituție care are și specialiști, și logistica pentru a fi eficientă în lupta anticorupție. Potrivit lui Botoș, la acest moment, Parchetul Înaltei Curți de Casație și Justiție nu are nici bugetul și nici oamenii pentru a acoperi competențe de lupta împotriva mării corupții¹. Deci, rezultatul concret al faptului ca P.N.A. nu ar putea ancheta exact infracțiunile pentru care a fost creat este acela că parlamentarii nu pot fi urmăriți în mod practic, cel puțin în perioada (imediat) următoare.

¹ Curentul, Anul X, Serie nouă, nr. 33 (3407), Vineri, 10 februarie 2006.

* Reamintim că opinia minoritară la Decizia nr. 235 din 05/05/2005, privind sesizarea de neconstituționalitate a prevederilor art. I pct. 2 din Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 103/2004 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul Național Anticorupție, cu referire la art. 13 alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 462 din 31.05.2005, aparține lui Nicolae Cochinescu și Constantin Doldur.

** Scopul acestei critici logico-deductive, în care am folosit în proporție de circa 80% argumentele minorității, a fost acela de a vedea cât de mult, în astfel de decizii, dincolo de o opinie ori alta a unui judecător al Curții, perfect justificabilă din punct de vedere subiectiv de altfel, opinia majorității este acceptabilă din punct de vedere logico-deductiv. Am încercat în egală măsură să surprindem modul în care majoritatea dezbate fiecare argument, tehnicile pe care aceasta le preferă pentru a ajunge la o concluzie sau alta, și validitatea argumentării sale, din același punct de vedere logico-deductiv.

*

* *

*Quot manus atteruntur ut niteat unus articulus?*¹

¹ „Câte mâini se bătătoresc ca să strălucească un singur deget?” (Ovidius Publius Naso), apud E. Munteanu et alii, *op. cit.*, p. 258.

A SOCIAL THEORY OF CORPORATE OWNERSHIP STRUCTURE

Ștefan Acsinte

Motto: "Americans, a kind of embodiment of the concept of the bourgeoisie...rarely used the concept in their social thought...for a triumphant middle class...can take itself for granted" (Louis Hartz)

The purpose of this article is to argue that the determinant factor which influenced corporate ownership in the US, Britain, France, and Germany in the second half of the 19th century was the social structure of these countries, and that a much stronger middle class was the reason for dispersed ownership in the US and for better developed capital markets in both US and Britain.

Without contradicting the commonly accepted ideas that the common law/civil law distinction mattered and that politics had a role to say in the development of capital markets, the article goes further into analyzing what caused the political and legal factors to manifest.

The main assumption of this article is that developed capital markets and dispersed ownership were based on a bigger number of players willing to invest their capital, and that the middle class represented the bulk of these investors. Having already dealt with major social unrest and political turmoil at the end of the 17th century (Britain) and around 100 years later (US), these two countries left behind the feudal residues that still marked Continental Europe and started to build a modern society. A bigger middle class, with an influent capital oriented culture, less risk averse and with a stronger tendency for speculation was the engine of development in US and Britain, in contrast with a Continental European weak bourgeoisie, drifting between the dream of becoming aristocrat and the fear of being caught up by the working class.

The influence of the social factor exerted two centuries ago can still be seen at the level of corporate ownership today, and we can reasonably expect social developments to continue to have their say in the way corporate law develops. For this reason, the article makes an incursion in history not for history's sake, but in order to suggest an explanation for the recent trends in corporate governance and in the development of corporate markets in Continental Europe and Japan.

The relevance of statistic data

In order to get an idea about the importance of the middle class we will focus on the social structure of Germany, France, UK and the USA at the end of the 18th century and during the 19th century, and we will show that people in “*la bourgeoisie*” and “*Burgertum*” were fewer in France and in Germany than “*middling folks*” in Britain and in the US. The second point of interest will be to analyze how influential the middle class was in these societies.

There are several ways in which we could try to establish the dimension of this social class; one way (not very accurate), of analyzing the social structure, would be looking at the income distribution and at the wealth inequality indexes. However, we have to keep in mind that many of these studies are not going to give us a clear picture about the social structure of the period, and especially about the provenience of the income. Since the basis for the estimation of wealth distribution is tax and tax returns, there are many problems in comparing the data for different countries (France introduced a universal tax system in 1791, while UK introduced this system in 1894 and the US in 1916.¹).

Another reason why we should be reluctant in relying too much on tax returns when measuring inequality are the large variations between living costs in different regions of the same country. The regional price developments can disguise falling inequality in some periods while exaggerating it in others.²

The Gini coefficient is one way of quantifying income distribution, but it is hardly reliable (the Gini coefficient is usually used to measure income inequality; it is a number between 0 and 1, where 0 corresponds with perfect equality – where everyone has the same income – and 1 corresponds with perfect inequality – where one person has all the income, and everyone else has zero income)³.

This index is sensitive to redistributions in the middle of the income range, which can be misleading for our analysis. In the case of a very big share of income going to the top few recipients, the index will not display properly the gap between the very wealthy and the middle income groups. Increased inequality may simply mean an increase in the fortunes of the very rich, saying nothing about the actual resources and the life style of the other classes.

What is mor

e interesting is the distribution of income between social classes, and one

¹ Thomas Piketty, Gilles Postel-Vinay and Jean Laurent Rosenthal, *Wealth Concentration in a Developing Economy: Paris and France, 1807-1994*, Discussion Paper Series, Center for Economic Policy Research, available online at www.cepr.org/pubs/dps/DP4631.asp and www.ssrn.com/abstract=621068

² Y.S. Brener, Hartmut Kaelble, Mark Thomas, *Income distribution in historical perspective*, Cambridge University Press, 1991.

³ As an example of how misleading these studies can be, it is interesting that while the most developed European nations tend to have a Gini coefficient between 0.24 and 0.36, the United States has been above 0.4 for several decades, showing the United States has greater inequality. However, this isn't reflected in the welfare level and in the living standards.

style of analysis would be to focus on the demarcation between white collars and blue collars¹. Several studies show that the distribution was compressed in some quarters while it was widening in others² - Kubler (1976), for Germany, Routh (1980) for Britain - but these studies don't show us to what extent the gap between blue collars and white collars created a stronger middle class in the society seen as a whole and they don't say anything about the number of persons that could be considered as belonging to the middle class.

Furthermore, even if the historical data show an increasing income differential between skilled and unskilled labor in the nineteenth century, it can be difficult to compare the situations in different countries based exclusively on this kind of information. It is true that the wages of white collars increased in a far greater proportion than those of the blue collars all through the 19th century³, but in order to show that the middle class in Germany and in France was underdeveloped in comparison with the US and with the UK, it takes more than that.

Therefore, we will look at all the data regarding the distribution of wealth with a critic eye, admitting that we have to combine this with other information in order to be able to draw some well founded conclusions. We will take into account the wage differentials, the population involved in major industrial activities, (commerce and finance, transport, communications and services), and we will not overlook other statistics that could give us an idea about the level of modernization of the countries in question. We will look at the number of railways passengers, the number of motor vehicles in use (both passenger cars and commercial vehicles), postal and telegraph traffic, telephone services, deposits in commercial banks and in savings banks, number of pupils in schools and number of students in universities. All these pieces put together will be able to create a more accurate image of the societies we are looking at than statistics based exclusively on tax returns.

Diverging economic and social patterns at the turn of the century

In the 18th century the discrepancies between UK, on one side, and France and Germany on the other, tended to increase, leading to fairly different social structures. While the British society was entering a new age, continental Europe was still fighting with the remains of the feudalism.

Many authors point at the diverging agrarian structures of France and

¹ Y.S. Brener, Hartmut Kaelble, Mark Thomas, *Income distribution in historical perspective*, Cambridge University Press, 1991.

² *Ibidem*.

³ See the studies of Jeffrey G. Williamson, *British inequality during the Industrial Revolution: accounting for Kuznets' curve*, and Rolf Dumke, *Income inequality and industrialization in Germany, 1850 - 1913: the Kuznets hypothesis re-examined*, in Y.S. Brener, Hartmut Kaelble, Mark Thomas, *Income distribution in historical perspective*, Cambridge University Press, 1991; for the US see Robert A. Margo, *Wages and Prices during the Antebellum period: A Survey and New Evidence*, in Robert E. Gallman and John Joseph Wallis, *American Economic Growth and Standards of Living before the Civil War*, the University of Chicago Press, 1992.

England and argue that they started to follow different paths as early as the 15th century. In this period France was experiencing a fragmentation of peasant holdings while the opposite was taking place in England.

In France the monarchy placed the main tax burdens on the rural masses, and the only form of surplus extraction was based on squeezing the small peasant proprietor¹. Most landlords, due to the opposition of the peasantry and of the state, failed to create large farms and chose to increase the exploitation of the peasantry, which led to stagnation.

In the meantime, in England, a system based on landlords, capitalist tenants and wage laborers was starting to spread rapidly. The tenants were stimulated to employ technical innovations in order to raise their profits. England had adopted the most intensive form of agriculture, known as crop rotation, much earlier than Continental Europe, (with the exception of the Netherlands). Large properties, wage laborers, technical improvements are a few reasons that explain the gap between England and the rest of the continent. This gap is illustrated by the ratios between seeds and yields for grain. While in England these ratios were around 1:11 at the end of the 18th century and the beginning of the 19th century, in France the ratio was 1:6 and in Germany merely 1:4.⁹².

The growing profits of capitalist farmers allowed landowners to gradually raise rents and encouraged political action for what Catharina Lis and Hugo Soly called a "*systematic undermining of the traditional peasant economy*". Small landholders were gradually eliminated. Through the so-called enclosure movement³, cottagers and small holders were given the choice, by act of Parliament, to become laborers on the land or to abandon agriculture. By the end of the 17th century, 40% of the English population had entered into industrial activities and by 1790 English landlords controlled around 75% of all cultivated land⁴. According to other opinions, by the end of the 18th century, peasants owned no more than 15% of the land used for agricultural production⁵. By 1820, 60% of England's population had abandoned agriculture mostly for working in the industry, compared to 20% in France⁶.

Less labor needed in agriculture meant cheaper labor available for the industry, which is why English entrepreneurs could lower their prices even from the end of the 17th century up (or down) to a point where most continental producers could no longer compete. Such a big number of people chased out of the farms and willing to work for low wages could be nothing but a windfall for an industry that

¹ Catharina Lis and Hugo Soly, *Poverty and Capitalism in Pre-industrial Europe*, Humanities Press, 1979.

² Catharina Lis and Hugo Soly, *Poverty and Capitalism in Pre-industrial Europe*, Humanities Press, 1979.

³ Peter Kriedte, *Peasants, Landlords and Merchant Capitalists*, Berg Publishers Ltd. 1983.

⁴ Catharina Lis and Hugo Soly, *Poverty and Capitalism in Pre-industrial Europe*, Humanities Press, 1979.

⁵ Peter Kriedte, *Peasants, Landlords and Merchant Capitalists*, Berg Publishers Ltd. 1983.

⁶ Supra note 10.

was starting to get its wings. The English middle class started to grow. In Catharina Lis and Hugo Soly's words, "*landowners, middlemen and weavers with a small amount of capital could work their way up to become petty industrial capitalists*"¹.

At the same time, in the 18th century France, on the eve of the Revolution, more than one third of the cultivated land was still owned by peasants.² In Germany, west of the river Elbe, the peasants cultivated 90% of the land. Apart from these differences, unlike in England, in France and in Germany rents were combined with contributions which were typically feudal. Peasants were in most cases "occupants" and lease-holders and they had to make payments in kind. Leasing became a way for pushing up the exploitation of the masses³, and not a way of transforming the agricultural production.

More than a century after England had changed the system, the Prussian minister Friedrich Leopold von Schroetter was writing, in 1802: "*Serfdom and true industry are clear contradictions. Serfdom does not exist in any country or province in which agriculture and manufacturing prosper*". Only at the turn of the century had the Prussian authorities decided to replace serfdom with payment in cash, but it still took a long time to reform the relations of production between peasants and landlords.

Consequently, even from the 18th century there was a gap between the social structure in England, on one side, and France and Germany on the other. The English agrarian structure created the conditions for the formation of a rich class of tenants plus the opportunity for small entrepreneurs to start businesses with relatively small amounts of capital, due to the cheap labor available. This explains why in the second half of the 19th century approximately 10.6% of the English businessmen were children of landowners, compared to only 2% in Germany and almost zero in France⁴. This shows the importance that the agrarian structure of England played in the development of entrepreneurship.

There is one more proof supporting the idea that England entered the 19th century with a stronger middle class than France and Germany. It held the first place among the European nations as far as the number of private banks is concerned. By the early 1780s, there were more than 100 so-called "country banks" in England⁵. They had a very dense branch network throughout the country, which is a sign of the vitality of the economy and at the same time an indicator that wealth was not concentrated in London. The banks were destined to attract the savings of private individuals and they facilitated the capital formation in the industry.

Where do the thirteen American colonies fit in this picture? In 1774, out of a

¹ *Ibidem*.

² Peter Kriedte, *Peasants, Landlords and Merchant Capitalists*, Berg Publishers Ltd. 1983.

³ *Ibidem*.

⁴ Youssef Cassis, *Monde des affaires et bourgeoisie en l'Europe de l'Ouest*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited under the direction of Jurgen Kocka, Berlin 1996.

⁵ Peter Kriedte, *Peasants, Landlords and Merchant Capitalists*, Berg Publishers Ltd. 1983.

total free population of almost 1.8 million, (around one million children and youths, 400 thousand men and almost 400 thousand women), there were around 400 thousand wealth holders, heads of families or households, although some households could have had two or more wealth holders¹. There were around half a million slaves, out of which more than 80% were in the south. The land was free or very cheap and the cultivation of tobacco, rice, indigo and later, cotton, was booming. Production above the source of needs was the primary way of wealth accumulation.

In what concerns the distribution of wealth by socioeconomic group, in 1774, 26% of all wealth holders were above the 400£ limit, 42 % were in the 99£ - 399£ range, and only approximately one third, (32%) were below 99£. Those in the 99£ - 399£ range were 42% of the total number of wealth holders in New England, 63% in New Jersey, Pennsylvania and Delaware, and 27% of the total number of wealth holders in the South (where 40% were above the 400£ limit).

We have to keep in mind, however, that these statistics are based on probate reports, and that some estates of the wealth holders didn't always go through the legal process; therefore, some estates had no probate inventories. Even if the real numbers are slightly different from what the probate reports show, there are enough reasons to infer from the aforementioned data that, at that point in time, the American middle class was not doing better than its counterpart in England, but it was surely far more developed than in France and Germany.

Lower middle classes in the 19th century

The 19th century continued to see the development of the middle classes in Britain and in the US, where there was a manifest increase in the number of entrepreneurs, while in France and Germany the society was still polarized, the upper bourgeoisie was focused on catching up with the aristocracy and the lower middle classes were moving up the social scale much more slowly.

In Continental Europe the artisans had a much lower status than in the US, where the American craftsmen assimilated better the lessons of the industrial revolution, and became entrepreneurs in a higher proportion than in Germany or France. In Europe, the artisans were still focused on the luxury production than producing for the mass market.² In all German states, around year 1800, the ratio of master to man was maximum 1:1. Often it was lower as many craftsmen had no apprentices. In 1875, two thirds of manufacturing employees were in firms of five or less. In 1895, 50% of craftsmen still worked alone.³ At the beginning of the 19th century artisans and small merchants were still included in the meaning of the word

¹ Alice Hanson Jones, *Wealth of a Nation to Be – The American Colonies on the Eve of the Revolution*, Columbia University Press 1980.

² Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

³ *Ibidem*.

"Burgertum" but, by the end of the century, they were pushed down the social ladder and were tagged as "kleinburgerlich" or „mittelstandisch“.

In France, the Napoleonic Civil Code outlawed artisan cooperative organizations which had more than twenty members¹. This pushed the artisans towards the bottom of the social hierarchy as well.

This explains why at the end of the 19th century the entire German bourgeoisie was estimated at around 4% of the active population and at 5% of the total population, taking into account all of the bourgeois families.² In the UK, in 1870 the "upper and middle upper class" is estimated at 4.46% of the population and the "lower middle class" at 10.3%³. Even if these estimations are based on (incomplete) tax returns, therefore we must look at them with reluctance, the gap is significant.

In the US, in the meantime, more and more artisans turned into non manual businessmen⁴. Even if the censuses and city directories listed some people as artisans, just like in the 18th century, they were now manufacturers, contractors, retailers, wholesalers. In order to identify the changes that took place since the end of the 18th century, Stuart Blumin looked at the 1860 population census of Philadelphia and discovered that 2% of the artisans were among the top 10% of the wealthiest adult male population, while another 9% were among the wealthiest 30% of household heads. Most likely, concludes Blumin, at least 15% of the artisans could have been recognized as members of the non manual workforce. Since 25% of Philadelphia's male inhabitants were explicitly listed as having non manual occupations, adding the 15% of those listed as artisans raises the total proportion of non manual workers to more than a third.⁵ Since Philadelphia had large numbers of manual workers in its industrial sector, the proportion of non manual labor is much lower than in other American cities. For instance, Boston has 40% of its household heads listed in explicitly non manual occupations.

The 1852 California state census for San Francisco showed a white collar sector of 36% while in more heavily industrialized cities as Poughkeepsie it was 29%⁶. None of this data is adjusted to include the artisans that had already become entrepreneurs and were still artisans just in name. Blumin assumes that the real proportion of non manual workers should be placed somewhere around 40% for the middle of the 19th century. Of course, not all non manual workers could be

¹ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

² Jurgen Kocka, *Modèle européen et cas allemand*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jurgen Kocka, Berlin 1996.

³ Eric Hobsbawm, *La middle class anglaise*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jurgen Kocka, Berlin 1996.

⁴ Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760 – 1900*, Cambridge University Press, 1989.

⁵ Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760 – 1900*, Cambridge University Press, 1989.

⁶ *Ibidem*.

considered to be a part of the middle class; however, non manual work allowed an increased upward social mobility. Therefore, while artisans had an important contribution to the increase in the number of American entrepreneurs, we could hardly say this about France and Germany.

Even if, in what concerns the American or the British entrepreneur, the myth of the self-made man is not so justified as it seemed to be¹, and the “*rags to riches*” entrepreneur was an exception on both sides of the Atlantic, we have seen that artisans could move up easier on the social scale in the US than in France or Germany. This is also true in the case of farmers. Pamela M. Pilbeam compared the situation from Germany, where relatively few industrialists were from small or middle sized farms, with the USA, where a bigger number of businessmen came from the same social area, and concluded that the greater prosperity of the American family farm allowed a better supply of available capital and the small German farmer was far less predisposed to venture into entrepreneurial activity.

Going beyond the positions of the artisans and of farmers, the manual workers’ life standards in the US were a lot better than in Continental Europe. Foreign visitors invariably mentioned the apparent prosperity of American workers². *The British Mechanic’s and Labourer’s Handbook and True Guide to the United States*, published in 1840 read: “*There is very little difference, if indeed any, in point of appearance, between the young men of most trades and their employees, or, in fact, the first tradesmen and merchants of the city*”³. Exaggerations or not, these assertions show the big discrepancy between American workers and the much poorer workers of Europe. There is a general agreement that the real wages of common labor were higher in America than in Britain in the 1820s⁴. In the mid 1850s they were even estimated at 197% of the British salaries of the time. In 1895, however, the wages were only about 44% above the wages in Britain and 54% above the British real wages in 1900⁵. In what concerns a comparison between the US, on one hand, and France and Germany on the other, suffice it to say that throughout the 19th century British workers had the highest wages in Europe. This gives us reasons to believe that in the US workers were more exposed to “*embourgeoisement*” than the European workers.

¹ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1990.

² Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760 – 1900*, Cambridge University Press, 1989.

³ *The British Mechanic’s and Labourer’s Handbook and True Guide to the United States*, quoted in Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760–1900*, Cambridge University Press, 1989.

⁴ Supra note 28.

⁵ The calculations are based on the purchasing power parity.

Statistics

In what follows we will look at some statistic data regarding the 19th century and the beginning of the 20th, that support our assumption related to the social structure in the US, UK and Continental Europe.

Active population and main economic activities

One of the first places to take into account is the distribution of the population among different economic activities. The assumption we rely on is that the majority of the people employed in agriculture, in the extracting industry and in the manufacturing industry were not a part of the middle class, while in what concerns commerce and finance, transport, communication and services the number of white collars was much higher.

In table 1 we can see the distribution of the economically active population among different major industry groups in some reference years of the 19th century¹ and at the beginning of the 20th century. As we have said before, the ratio employer: employee in those times was higher in the extractive and in the manufacturing industry. In what concerns the other industrial groups, we can reasonably assume that the number of employees per employer was lower. Furthermore, the number of skilled workers in finance, commerce, communication, transport and services was higher, and the income differential between blue and white collars was significant.

¹ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750–2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

**Table 1 – Economically active population by major industrial groups
(in thousands)¹**

	Year	Agriculture and forestry	Extractive industry	Manufacturing industry	Finance and commerce	Transport and communication	Services	Others Occupied
Germany	1895	5,540	789	4,565	930	508	1,506	150
	1907	5,284	1197	5,959	1,251	983	1,907	114
France	1856	5,146	177	2,002	510	214	1,174	
	1896	5,741	224	2,903	783	552	1,811	
	1911	5,331	240	4,189 ²	1,218	657	1,577	
UK	1851	1,824	383	2,349	91	433	482	438
	1891	1,475	751	3,460	449	1,104	860	1,009
	1911	1,489	1202	4,688	739	1,571	1,361	741
US	1850	4,925	90	1,260 ³	420		940	65
	1890	1,0170	480	4,750	1,990	1,530	3,210	170
	1910	11,590	1,050	8,230	3,890	3,190	5,880	600

In order to get a better idea of the context in which we should place these numbers, we should also look at table 2, which shows us the populations of the US, Germany, France and the UK around the same periods.

¹ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750–2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

² Including the workers in the construction industry.

³ Construction workers included.

Table 2 – Population of countries at censuses (in thousands)¹

<i>Country</i>	<i>Year</i>	<i>Population</i>
Germany	1890	49,428
	1910	64,926
France	1856	35,783
	1896	38,269
	1911	39,192
UK	1851	20,817
	1891	33,029
	1911	40,831
USA	1850	23,192
	1890	62,948
	1910	91,972

The data shows that the percentage of people engaged in skilled labor intensive activities is higher in the US during all the periods. At the end of the 19th century, in Germany only 4.97% of the population was working in finance, commerce and services. In France, the percentage is 6.82; while in the US it was 8.38.

At the beginning of the century the difference increases, Germany has 4.93% of population engaged in finance, commerce and services, France has 7.16% while the US has 10.73%. If we take into account the people working in transport and communications, and we assume that there is also a significant number of white collars in this industry, then the gap between the US and France and Germany increases.

Leaving aside the proportions, just looking at the size of the US population we can infer that the number of American white collars was much bigger than the skilled workers of France or of Germany.

The data regarding the UK can be misleading, if we look only at the number of people explicitly engaged in finance and commerce; Britain has the smallest proportion of the total active population working in this industry. However, it is possible that many of the people involved in commerce be counted as working in transports, or under the heading “others occupied”. At the end of the 19th century these “others” were 3% of the active population, which really opens to possibility for any kind of speculation.

¹ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750–2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

Passenger traffic on railways

Another potentially significant data regards the passenger traffic on railways. The assumption we start from is that people with a higher income have more reasons and more occasions to travel. It is not a matter of the cost of the train ticket; instead we think about the rare opportunities that workers in agriculture or in the extractive industry could have to travel. They could either go to visit their families or to get a new job. The more skills a worker has, the bigger are the chances of his working farther away from his place of origin. Conversely, the less skilled a worker is, the bigger is the possibility of his working close to his birthplace. However, even if he or she finds a job at a bigger distance, we could not expect the number of travels per year to be as high as in the case of a white collar.

Here are some statistics concerning passenger traffic on railways.

Table 3 – passenger traffic on railways – passenger kilometers¹

	<i>Year</i>	<i>Million passenger kilometers</i>	<i>Population (thousands)</i>
France	1841	112	34,230 (in 1841)
	1882	6761	37,406 (in 1881)
Germany	1841	97	30,382 (in 1840)
	1882	7100	45,234 (in 1880)
US	1882	12373	50,156 (in 1880)

Even if we see in this table that all the figures are in the advantage of the US, we cannot rely only on this data, since the size of the countries in question varies considerably. Fewer numbers of people might have traveled for longer distances in the US. In order to get more accurate an image, we will look at the number of passengers only, without taking into account the distances.

Table 4 – passenger traffic on railways – passenger journeys²

	Year	Passengers (millions)	Population (thousands)
France	1843	6.4	34,230 (in 1841)
	1882	194.9	37,406 (in 1881)
UK	1843	21.7	18,534 (in 1841)
	1882	636	30,000 (in 1881)
US	1882	289	50,156 (in 1880)

¹ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750–2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

² *Ibidem*.

As we can see, in 1882 we have an average of 5.21 journeys per person in France, 5.76 in the US and 21.2 journeys per person in the UK. Combined with the data from the first paragraph, we can fairly conclude that more people traveled in the US and in the UK than in France and in Germany. Ignoring the influence that the cost of a train ticket might have had, we think that the number of passengers alone and the railway traffic could constitute indirect evidence of a higher number of white collars in the Anglo American world.

Motor vehicles in use

Another interesting aspect with potential relevance for our study could be the number of motor vehicles in use. The assumption in this case is that the first ones to purchase automobiles would be the people in the higher strata of the society. The bigger the number of cars for passenger use, the more likely is that the number of skilled workers would be bigger. Of course, the number of commercial vehicles could be relevant as well, therefore we include this data in the following table.

Table 5 - motor vehicles in use (thousands)¹

Country	France		Germany		UK		US ²	
Year	PC	CV	PC	CV	PC	CV	PC	CV
1906	26.3	---	10.1	1.2	23	22	106	2.2
1907	31.3	---	14.7	1.8	32	26	140	2.9
1909	44.8		24.6	3.0	48	38	306	6.0

PC - passenger vehicles, CV - commercial vehicles

If we take into account only the passenger cars, it means that around 1910 France had, on average, one car per 870 inhabitants, in Germany the ratio was 2601 inhabitants per car, in the UK the ratio was 1:830 and in the US there was one passenger car for every 300 people. The bigger ratio in the UK compared to France in the beginning of the century (see the figures for 1906), can be attributed to the better development of the railway network in the former. However, by 1910, UK was ahead of France. Furthermore, we don't have any information concerning the number of commercial vehicles in France. In case we take them into account, the gap between the UK and the US on one side and France and Germany on the other side increases. Leaving aside the ratios, and only looking at the absolute numbers, we can see that the US has, in 1909, more than twice the number of passenger cars existent in the UK, Germany and France together. Admitting that the railroad network is less

¹ *Ibidem.*

² At the beginning of the century the registration of the motor vehicles was not mandatory, therefore the numbers could actually be even higher.

dense and that the price of the cars is more affordable in the US, the huge difference still says something about the purchasing power of the Americans.

Postal services

Another element that could complete the picture consists of the data related to postal services. The assumption in this case is that the higher a persons stands in the social hierarchy, the bigger is the number of letters or telegrams sent. Of course, a significant part of the telegrams and mail constitute business correspondence. However, taking into account the huge discrepancy between Continental Europe and Britain and the US we have to admit that there is more to it than meets the eye.

Table 6 – postal and telegraph services (in millions)¹

<i>Country</i>	France		Germany		UK		US	
<i>Year</i>	Mail	Telegrams	Mail	Telegrams	Mail	Telegrams	Mail	Telegrams
1858	406	0.5	163	0.53	602	---	---	---
1872	649	6.2	500	9.71	1,184	14.9		12
1886	1494	24	1,223	16.9	2,159	50.2	3,495	47
1900	2433	40	3,280	39.7	3,642	89.6	7,130	63

According to the figures presented in this table, the UK is far ahead the other countries, both in absolute numbers and taking into account the size of the population. In the UK around 2.42 telegrams per inhabitant were sent in 1900, compared with 1.05 in France and 0.7 in Germany. US is on the second place, with twice the number of telegrams sent in France and three times as many telegrams as those sent in Germany (if we look at the data for 1886). However, taking into account the proportions, in 1900 in France 1.05 telegrams per inhabitant were sent, compared to only 0.84 in the US. This difference can be justified by the increased communication between France and its colonies. The same reasoning could also apply to the UK, which at that time had to be in touch with its vast empire.

Furthermore, we can rely less on the number of telegrams, since most likely many telegrams were sent for business purposes and may not reflect accurately the size of the middle class.

Leaving aside the number of telegrams and the comparisons related to the number of inhabitants, we cannot ignore the fact that Americans sent 2 million letters or packages more than French did in 1886, and in 1900 the difference had increased to around 4.5 million. In what concerns the comparison to Germany, in 1900 the difference was smaller, but it still was around the impressive number of 4 million, which is certainly significant.

If we add to this a difference of 20 million telegrams per year, between US

¹ *Ibidem.*

on one hand, and France or Germany on the other¹, we have reasons to see it as a proxy for the fact that white collars were better represented in the Anglo American society (in 1900 the difference between the number of telegrams sent in the UK and those sent in France or in Germany was around 50 million – that means almost 137,000 telegrams per day). Regardless of the number of regressions, this difference is statistically significant.

Admitting again the fact that a large part of this correspondence was for business purposes, the differences are too big to be ignored and attributed exclusively to the size of the British Empire or of the US. More mail and more telegrams are a sign that the middle class was more numerous across the Channel and across the Atlantic.

Education

We could not ignore the statistics concerning education, since, after all, this is among the most significant elements when determining to what extent the number of skilled workers increases in a society. The statistic data can be used only as a point of reference, since there was no universal definition of what was primary and secondary education. The numbers of pupils and teachers have not been collected in a consistent manner, even within the same school system. Despite all inconsistencies, this data combined with other elements can become very useful comparative material. First, we will take into consideration the data referring to pre-university education. Private schools are included in the statistics, with the exception of Germany, where only public schools are taken into account. However, in 1910 there were only 26 thousand pupils in German private schools, which shows that the numbers wouldn't change significantly if we had access to statistics referring to private schools as well.

¹ The numbers for mail are almost similar for France and Germany in 1900.

Table 7 – teachers and pupils in schools (in thousands)¹

	France			Germany				UK				US		
	Primary		Se- con- dary	Primary		Se- con- dary		Primary		Secon- dary		Pupils		Tea- chers
	P	T	P	P	T	P	T	P	T	P	T	a	b	All scho ols
1871	---	---	64.7	---	---	-	-	1542	16.8	---	---	7481	80	220
1880	5049	123	86.8	---	---	-	-	3274	50.7	---	---	9757	110	287
1890	5594	146	90.8	---	---	-	-	4288	86.6	---	---	12520	203	364
1900	5526	158	98.7	8966	147	-	-	5387	132.9	---	---	14984	519	423
1904	5568	152	117	---	---	-	-	5940	157.3	112, 9	---	15620	636	455
1905	5567	152	120	9779	167	-	-	6001	166	133	---	15780	680	460

As we can see, only at the beginning of the 20th century had Germany managed to surpass the UK, having around one thousand more teachers in the primary cycle. However, we have to keep in mind that at that time UK had only two thirds of Germany's population. In what concerns the US, a comparison is more difficult to make, since we don't know how many teachers were employed in the secondary schools in Europe.

In what concerns the number of pupils in primary schools compared with the total population, in Europe the proportion is pretty much the same in all the countries taken into account. The US has a slightly higher number of pupils but the difference is not significant.

More edifying are the statistics regarding the number of students in universities.

¹ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750–2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

Table 8 – number of students in universities (thousands)¹

	France	Germany	US	UK
1872	---	20,576	52*	---
1880	---	26,254	116	---
1890	19,821	28,359	157	---
1900	29,901	47,986	238	---
1905	35,670	57,375	264	---

* - 1870

Unfortunately we lack data for British universities, but the comparison between the US and France and Germany is extremely relevant for our study. Leaving aside the huge gap in what concerns the total number of students, if we compare the populations of the countries in question the difference is striking. In 1890 France has only one student for every 1917 inhabitants. In Germany the ratio is 1:1727 while in the US there is roughly one student for every 349 inhabitants. In 1905 the US has almost 5 times more university students than Germany, while the latter had two thirds of the former's population.

Bank deposits

One other indicator that could tell us something about the middle classes in Europe and in the US could be the deposits in savings banks. Although many people who were well off might have preferred other ways of investing their money, looking at these figures could turn out to be important. Keeping in mind the fact that this statistic does not prove anything by itself, it is able to bring a significant contribution to the entire picture, if we combine it with the other data we have presented.

¹ *Ibidem.*

Table 9¹ – Savings banks deposits (in million pounds)²

	France		Germany	UK		US
	Private	National	All banks	TSB	PO	
1840	7.566		5.4	23.5		2.92
1850	5.305		10.6	28.9		8.95
1860	15.02		23.85	41.5		30.82
1870	25.08		45.4	38.3	15.1	93.98
1880	50.79		130.75	46.0	33.7	169.04
1890	115.44	17.10	256.7	48.0	67.6	314.43
1900	129.33	40.02	441.2	56	136	501.53

TSB – trustee savings banks, PO – post office banks

As we can see in Table 9, the savings in Germany almost double every 10 years. France and the US follow the same trend, at a slower pace, while the UK has a more interesting evolution. We can see that between 1870 and 1880 the level of savings banks deposits rises very slowly and the pace slows down to such an extent that by the end of the 19th century the amount of deposits in UK savings banks is almost equal to the amounts of savings in the less populated France. US is still on the first place, but the Germany has, without any doubt, the fastest growth rate.

Table 10³ – Deposits in commercial banks (in million pounds)⁴

	Germany	UK	US
1870	11.59	427	132
1880	26.15	495	458
1890	73.64	614	943.5
1898	146.87	788	705.96

¹ *Ibidem.*

² In order to compare the savings banks deposits we used the statistic data from Brian R. Mitchell, *op. cit.*. However, since all the figures were in local currency we had to convert them to a common denominator. We chose the pound sterling, since it proved easier to find the pound – franc and pound – dollar exchange rates. The rates for the respective years were provided by the Global Financial Data Inc. Database (www.globalfindata.com). In what concerns the mark, the evaluations for the period before 1870 was made on an average rate of 20 marks for one pound. For the post 1870 period, we calculated the pound – mark exchange rate on the basis of the quotations of the mark and of the franc at Amsterdam, using the franc – mark and pound – franc conversion rates. The data for the respective periods was also obtained from Global Financial Data Inc.

³ The figures are based on the data found in Brian R. Mitchell, *International Historical Statistics: Europe, 1750 2000*, and *International Historical Statistics: the Americas, 1750–2000*, New York, Palgrave and Macmillan, 1992.

⁴ *Supra* note 46.

We notice the huge difference between Germany, on one hand and the UK and the US on the other. Even if the growth rate is still stronger in Germany, we can assume that part of the explanation of the lower levels of deposits in savings banks in the UK and the slower growth in the US could be the fact that a part of the money from the savings deposits started to move in other investment areas.

The savings account is the first step of accumulation. A skilled worker at the beginning of his/her career would open such an account. But once the income increases, the deposit grows beyond a certain level and there are many other investment opportunities around, the money might be put to a better use somewhere else. A significant part of the money in the savings accounts would go somewhere else, which can explain the slower increase in savings banks deposits in the UK and in the US. This possibility, not deprived of any speculative character, is not excluded.

This has a lot to do also with the behavior of the middle class in Continental Europe as opposed to the US and the UK, as we will discuss later, but at the same time it could show the fact that many of the white collars in the Anglo American world had already reached a level where they were not interested in just saving money, and they could afford now to look for better ways of putting their money to work.

The middle classes and their role in the society

We have established that, at least from the point of view of the income, in the UK and in the US there were more "*middling folks*" than in Germany and in France. We will show that this was not the only difference between the Anglo American world and the leading industrial countries of Continental Europe.

According to Youssef Cassis¹, the position in the society of a certain group has to be analyzed at multiple levels: the economic level, including the income and the nature of the economic activity, the social level, i.e. the origin, the education, and the political level, regarding the connections with those who hold the power.

This triple analysis is extremely important in order to make a comparison between the countries in our focus from a cultural perspective and from the point of view of the influence that the middle class had in the 19th century societies.

Apart from the bigger number of persons with a higher income and a better education, the Anglo American society and especially the middle class had a different attitude toward business. The difference between the Continental Europe bourgeoisie and the middle class in the UK and in the US was therefore not only quantitative but also qualitative, from a business point of view.

Furthermore, a big number of authors have noticed an increased role of the state in France and in Germany. We will address this issue later, but suffice it to say for the moment that even the increasing state intervention reflects the interplay

¹ Youssef Cassis, *Monde des affaires et bourgeoisie en l'Europe de l'Ouest*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited under the direction of Jurgen Kocka, Berlin 1996.

between the various social antagonisms and the way in which the middle class was trying to find its place. The bourgeoisie, in spite of its universalistic vocation was far less influent in Germany and even in France, in comparison with the US and the UK, and had a smaller capacity of acting as a driving force of the society.

Attitude towards capital and entrepreneurship in Germany and France

The European bourgeois of the 19th century still dreamed of becoming an aristocrat while trying to build a stronger demarcation line between the bourgeoisie and the working class.

The aristocracy of the 18th century thought it was fashionable not to care about money and these ideas were borrowed by significant parts of the bourgeoisie. The aristocrat would be happy to squeeze the money from the serfs and just sit on it. It is true that in late 18th century Germany aristocratic landowners led the rapid development of the Silesian iron and steel industry. However, the relations of production were closer to the feudal system and the landlords relied heavily on the labor of serfs alone. Small groups of capitalist merchants controlled the exports and obtained monopolies, privileges, subsidies with the support of the nobles and the nobles' connections at the court.

While in the UK and in the US the business community was playing the main role, the dominant part of the German bourgeoisie consisted of those who were influenced by this aristocratic perspective over economic activities and ignored business. They were the members of the so called "intellectual bourgeoisie" (*Bildungsbürgertum*), opposed to the "economic bourgeoisie" (*Wirtschaftsbürgertum*)¹. Many authors² emphasize the "dual character" of the German society during the industrialization, making a distinction between a "traditional" section of the society (aristocracy, civil servants, a large part of the professions, clerks and small artisans) and the businessmen in banking, trade and industry, technicians and engineers.

The "economic bourgeoisie" of Germany appeared later and it was a social group with considerably less weight than an older "intellectual bourgeoisie", who was more aware of its identity and very often even hostile towards capitalists³. Few sons of professional families in Germany went into industry whereas boys with such background in SUA were much more likely to become entrepreneurs⁴. In Germany a member of the professions would look down on industry and commerce.

Even if France had a stronger "economic bourgeoisie", we can notice a strong resemblance in what concerns the attitude towards capital. In 18th century France Mirabeau writes: "The capitalist aims for the highest possible interest, a state of

¹ Jurgen Kocka, *Modèle européen et cas allemand*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jurgen Kocka, Berlin 1996.

² Among whom Y.S. Brener, Hartmut Kaelble, Mark Thomas, *Income distribution in historical perspective*, Cambridge University Press, 1991.

³ Supra note 50.

⁴ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

affairs which is bound up with public misery". In the National and Anecdotal Dictionary of 1790 we can read: "This word – "capitalist" – denotes a money monster, a man with a heart of stone, who is fond of nothing but cash"¹.

Aristocrats remain present among the rich people of France throughout the 19th century, and even in 1902 the top 1% estates are owned in proportion of 13% by nobles. As Piketty et al. suggest², this might be the effect of the compensations that were offered during Restoration to those who had chosen exile during Napoleon's reign. The billion francs that was spent in this way, in Piketty's words, "*presumably didn't contribute to accelerate French industrialization*"³.

However, there is another possible explanation for the constant presence of aristocrats among wealthy French landowners. Having the aristocracy as a model, instead of investing in industry or in stock, the preferred form of investment was land property⁴. In 19th century France, for instance, real estate is "*a middle class asset*"⁵ and the whole voting system is set to advantage land owners. The dream of many members of the bourgeoisie was to acquire estates carrying feudal titles, trying to make themselves accepted by the aristocrats. During the constitutional monarchy land ownership was the main element which qualified voters and parliamentary candidates and thereafter, when the universal suffrage was opened, the constituencies were drawn up to give greater weight to rural areas. Therefore it is possible that the big number of wealthy French aristocrats be explained by bourgeois continuously acquiring land carrying feudal titles.

Land ownership was not only the dream of French middle classes. In Prussia, after 1848, the voting system favored landowners as well. It seems that during most of the 19th century not only in France, but also in Germany the political system encouraged people to put a special value on the possession of land. As a matter of fact, land, mortgages and government bonds were the only ways of investing the money⁶. The main problem was that the change of owners didn't mean a more efficient exploitation. In very few cases modern management created a trend toward agrarian capitalism⁷. The main purpose of purchasing land was social acceptance.

This encouraged a large part of the middle classes to buy land, immobilizing

¹ *Ibidem*.

² Thomas Piketty, Gilles Postel-Vinay and Jean Laurent Rosenthal, *Wealth Concentration in a Developing Economy: Paris and France, 1807-1994*, Discussion Paper Series, Center for Economic Policy Research, available online at www.cepr.org/pubs/dps/DP4631.asp and www.ssrn.com/abstract=621068

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ B. Mark Smith, *The Equity Culture – The Story of the Global Stock Market*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003.

⁷ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1990.

significant amounts of capital that could have been put to a better use otherwise. To show the negative impact that this phenomenon had on entrepreneurship, we have to mention that in 19th century France the very rich held most of their wealth in stocks and bonds¹ which demonstrates that land was not the best form of investment and that most of the French middle class had made a wrong investment choice. Thus, thousands of entrepreneurs literally buried their capitals in the ground for minuscule returns, buying lands from aristocrats who only knew how to spend the money. In this way the system encouraged a massive transfer of capital from people with the skill of making more money to people who only used the money for consumption purposes.

Apart from the importance that land ownership played in the voting system, snobbery was the main reason for acquiring real estates. As Pamela Pilbeam says, "*Bourgeois fascination with the land had little to do with romance in the 19th century. Snobbery plus 5% might be an adequate summary. Marx may have told European society that the age of the feudal landed aristocrat was over, but the bourgeois apparently yearned more for times past than did the researcher in the British Museum reading room.*"²

The aversion for capital and business that most of the intellectual bourgeoisie was experiencing came not only from the aristocracy, but from the other side of the social spectrum, as well. In 1848 Marx and Engels published "The Communist Manifesto", which was very popular in the societies with a big working class like France and Germany, and even accepted and supported by a part of the bourgeoisie. In 1840 the French anarchist Prudhon argued that property was theft in his classic book "*What is Property?*". Since the intellectual trend in Continental Europe was leaning toward left, even the European investors preferred to place their capital in the US, increasing the number of entrepreneurs and stock buyers already existent in the American economy³.

The Anglo - American society

Like Eric Hobsbawm said, in contrast with France and Germany, the 18th century British middle class did not have a social order to destroy, a national state to build or a market economy to develop.⁴ Almost all the elements of modernity were already there, and as early as the 18th century the British society did not have anything feudal, with a strong middle class and a business oriented aristocracy. The big number of entrepreneurs and more capital available were the main engine of

¹ Thomas Piketty, Gilles Postel-Vinay and Jean Laurent Rosenthal, *Wealth Concentration in a Developing Economy: Paris and France, 1807-1994*, Discussion Paper Series, Center for Economic Policy Research, available online at www.cepr.org/pubs/dps/DP4631.asp and www.ssrn.com/abstract=621068

² Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

³ Charles R. Geisst, *Wall Street - a history*, Oxford University Press 1997.

⁴ Eric Hobsbawm, *La middle class anglaise*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jurgen Kocka, Berlin 1996.

industrial growth. The best illustration of the British advantage over Continental Europe is the fact that at the beginning of the 20th century the UK had roughly 8 times more joint stock companies than Germany (40,995 in the UK as opposed to 5,061 in Germany and 6,325 in France) with a total paid up capital 3 times bigger than in Germany and almost 4 times bigger than in France¹, (and, as we know, at the beginning of the 20th century the gap between the UK, on one hand, and France and Germany, on the other, was starting to close; we can imagine what it was like a century earlier.)

In the United States, as opposed to what Max Weber was saying about Europe, ("the producer is older than the market"), the market is older than the producer². Neither peasants nor aristocrats have existed here in the European sense. Some authors have even gone so far as to say that "*here, the middle class was so broad a stratum of such economic weight ...that even by the standards of the statistician the society as a whole was a middle class society*"³. Others have said that in 19th century US there were "*a higher number of businessmen than in Europe as a whole*". Leaving aside possible exaggerations, we can argue that even if the statistics do not show it to its full extent, in 19th century America the middle class culture was the most powerful and extremely modern: "*America (...) has had no middle class, but rather a pervasive middle class culture. The bourgeois values won so much acceptance, that they became nearly synonymous with the national culture*"⁴.

The land of opportunities was an invitation for intrepid spirits. Despite differences in income, instead of polarization, like in Europe, "*a genuine shared culture was shaped by the middling' folk*"⁵. The indicators of inequality, as previously mentioned, were far less visible than in Europe; this facilitated the proliferation of middle class institutions that were widely accessible to all social strata and all these factors created high - and often realistic - expectations of mobility⁶. Toward the end of the century there were more individuals moving into the middle class than there were leaving it. There were more "climbers" than "skidders" and the movement from manual to non-manual work was more common than the reverse⁷.

However, social mobility was not as important as the business oriented culture of the American middle class. While across the Atlantic "capitalist" was considered to be an insult, here it was nothing but a word of appreciation. The

¹ Ranald Michie, *Different in name only? The London Stock Exchange and Foreign Bourses*, in *The end of insularity, Essays in Comparative Business History*, edited by R.P.T. Davenport-Hines and Geoffrey Jones, Frank Cass 1988.

² Mills C. Wright, *White Collar and the American Middle Classes*, New York 1951.

³ *Ibidem*.

⁴ Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760 - 1900*, Cambridge University Press, 1989.

⁵ Melanie Archer; Judith R. Blau, *Class Formation in Nineteenth-Century America: The Case of the Middle Class*, *Annual Review of Sociology* © 1993.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

yearning for an upward movement in the social hierarchy and the idea that anything is possible was spread in the entire society and business was the way up. People were not afraid to try to change their lives and they did so. *"Bankruptcy, which in the fixed society of Europe was the tragic end of a career, might be merely a step in personal education"*¹ Hard work was not something to be afraid of, but, while working hard, many remembered to "think big".

In the countryside, people had the same big expectations, and, as previously mentioned, a number of entrepreneurs came from rural areas. An illustration of the strong desire to belong to the middle class and to "act" like middle class can be found in the letter written to Mrs. Shaw by Lidia Maria Child, in August 1877, from a Massachusetts farm: *"I do not know of a farmer in this rustic town who would not object to his daughter marrying the son of a day laborer; and the daughters themselves will put up with any deprivations at home, rather than go to help a neighbor in any emergency, for a dollar or two dollars a day. All want to crowd into employments deemed genteel. Hence the supply of teachers and artists is much greater than the demand... There is no use in being blind to the fact; an unwillingness to be known to labor with the hands does pervade all classes of the community."*²

Middle classes and capital markets

What does it take to become an investor in stock or in bonds, especially when it's so easy to open a bank account and the interest rates won't let the money to devalue? Apart from a certain amount of capital, it takes the desire to make even more money, much more, and a culture driven toward the idea that there are no limits to what a man can earn in a life's time. Gambling is the fast and the easy way to the top, and the stock exchange is the biggest temple dedicated to speculation.

The best example is the one given by Geisst³ when talking about one of the first active members of NYSE, *S. and M. Allen Company* of Albany, New York, a printing company who had started in the lottery business but who finally ended up in shifting its business to printing stock and bonds. NYSE was born under the star of lottery, gambling and the intrepid spirit of those who left back in Europe most of the risk averse folk.

What we have tried to show so far was that in the UK and in the US there were much more people who had a capital to invest than in Germany or France. Furthermore, out of those who had the capital, a bigger proportion actually chose to invest it in the US and the UK than it was the case in France or Germany. Therefore, a bigger number of people with capital available and a bigger number of persons willing to risk their capital made NYSE and the American dispersed corporate

¹ John Krout and Dixon Ryan Fox quoted by Mills C. Wright, *White Collar and the American Middle Classes*, New York 1951.

² Stuart M. Blumin, *The Emergence of the middle class: Social Experience in the American City, 1760–1900*, Cambridge University Press, 1989.

³ Charles R. Geisst, *Wall Street - a history*, Oxford University Press 1997.

ownership. Added to this, the social unrest in Europe determined a migration of capital to America, increasing even further the number of players on the securities market. Consequently, the weak middle class, the small number of well off bourgeois and their retrograde risk averse attitude left very few players on the Continental Europe's capital markets.

The best example of the role that the middle class played in the development of the capital markets is represented by the boom of the railway industry in 19th century England. The "traditional" way to finance a business was to borrow money from one of the big financiers like Barings or Rothschild. But the old type of capital market, based on merchant banks, made way for the new generation of stock markets, which were relying on the financial power of the middle class, a middle class that was ready to take seriously its role as a promoter of growth. The financing of the railroads in England was provided mainly by merchants, land owners and middle class tradesmen¹. Benjamin Disraeli, writes in his novel *Endymion*: "*What is remarkable in this vast movement in which so many millions were produced and so many more promised, was that the great leaders of the financial world took no part in it...All seemed to come from the provinces, and from unknown people in the provinces.*"² According to another observer, "*In every street in every town, persons were to be found who were holders of Railway Shares. Elderly men and women of small realized fortunes, tradesmen of every order, pensioners, public functionaries, professional men, merchants, country gentlemen – the mania had affected all*"³. This episode alone is a very strong proof of the financial power and of the intrepid spirit of the British middle class.

In France, lacking a financially powerful bourgeoisie, the government had to play the main role in the development of the railroad network. First, it acquired the right of way and it built the roadbed for the lines, while private companies were supposed to lay the lines, provide the trains and operate the roads. After all this, it turned out that French capital markets could not even provide the funds for this limited private role, therefore, most new French railroad companies sought to sell shares in London: "*In one year alone, more than fifty railways were organized in France, for which over £80 million were provided by the London stock market*"⁴.

Germany did not have that much enthusiasm for equity markets either, and for a good reason. According to Richard Ehrenberg, Germany suffered from a "*shortage of entrepreneurs*" and a lack of previously accumulated capital to be placed at the disposal of the few existent entrepreneurs⁵. The German public continued to

¹ B. Mark Smith, *The Equity Culture – The Story of the Global Stock Market*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003.

² *Ibidem*.

³ Arthure E. Monroe, ed. *Early Economic Thought: Selections from Economic Literature Prior to Adam Smith*, London, Cambridge University Press, 1934, quoted by B. Mark Smith, *The Equity Culture – The Story of the Global Stock Market*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003.

⁴ *Supra* note 76.

⁵ Richard Ehrenberg, *Capital and Finance in the Age of the Renaissance: A Study of the Fuggers and their Connections*, Fairfield, NJ : A.M. Kelley, 1985.

prefer government bonds and, in B. Mark Smith's words, "...the short German experience with equity markets inevitably meant the breadth of public participation in new issues was considerably less than in Britain"¹. Once again, we can make the point that there was a big quantitative and qualitative difference between the Anglo American middle class and the German and French bourgeoisie. The quantitative difference consists of the bigger number of people with more capital available for investment; the qualitative difference resides in the business oriented attitude of the Anglo American middle class, which further increased the gap between the two types of societies.

American railroads, even if subsidized sometimes by the states or the cities to be served, were financed and built by the private sector. We saw how the French government had to solve the problems raised by the lack of capital. The German government gave the credit bank (Grossbank) the role played by the middle class in the US and in Britain.

This was the age when the main differences in the corporate ownership structure and in capital markets regulation were created. The development of the two systems was marked by the circumstances in place at their birth. The slowly increasing role of the bourgeoisie in the rest of the 19th century in Continental Europe did not change things anymore. As opposed to the middle class in the Anglo American world, the stimuli of industrialization in Continental Europe were the governments, who took over the reins in an endeavor similar to the purpose of the Meiji Revolution in Japan. Threatened by the danger of lagging behind, and deprived of a growth promoting middle class, the state filled in the vacuum, and coordinated the modernization.

Class antagonisms and the role of the state

Whether the state played such an important role in Continental Europe because it wanted to, or because it simply could not rely on the middle class to promote industrialization can still be debated. However, even the supporters of the first option have to admit that the underlying reasons for such a behavior of the state were not based on civil law traditions², but on class antagonisms created by the social structure of that time. Class distinctions and clashes between social classes still scar 19th century Europe. In 1794 the new Prussian Code reiterated the legal reality of inequality by listing the differences between three main social groups in the state: nobles, burghers and peasants³. In the free cities burghers had been left in control but in many cities they retained only the façade of civic and guild independence. The

¹ B. Mark Smith, *The Equity Culture – The Story of the Global Stock Market*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003.

² For the adverse opinion see Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *Corporate Ownership Around the World*, 54 *The Journal of Finance* 471 (1999).

³ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

aristocrats lead the state and they didn't want to lose their grip.

In France, a different context leads to the same solution: aristocracy is feared by the bourgeoisie; the role of the state in the society increases, in order to increase the bourgeoisie's control. For example, after the revolution, the French Directory was equipped with a quarter million civil servants, 5 times more than before the change of regime¹; the French liberals of the 1830s made few changes to the restoration system and actually strengthened press censorship and laws on political association². This time it may have been not the aristocracy, but the proletariat that the government was afraid of, but the underlying reason for increased control was still based on social antagonisms.

*We can even say that industrialization was a secondary goal in France and in Germany, the main preoccupation of the governments being the search for a convenient social arrangement. Referring to Continental Europe, Pamela Pilbeam says: "The 19th century was a "bourgeois century" not so much because of the development of industry but because of the growing role of the state...Although bureaucracies were dominated by a modified aristocratic ideal and senior posts taken by nobles in some cases, the size and the rapid growth of the civil service provided jobs for large numbers of the lesser bourgeoisie. Industrialization created a veneer of innovation (...), but the development of the role of the state had a more permanent impact on the individual and his position in the society."*³

In Germany, for example, even if the aristocracy had adopted many of the bourgeoisie's values, it conserved all the privileges⁴; it had a better access to power by way of appointment in courts, in the army and in the diplomatic service, it enjoyed economic advantages⁵ and the increasing control of the state exercised through a bourgeois bureaucracy on behalf of the aristocracy was actually a newer version of the traditional German absolutism⁶. The constitutional compromise of 1871 impeded a true liberalization of the political system and established new limits to the ways of expression of the middle class.

The social unrest and the weak middle class led to a higher responsiveness of the state for the concerns of the aristocracy and of the high bourgeoisie, in the detriment of middle and lower bourgeoisie. Associations of very rich businessmen like Verein Deutscher Eisen und Stahl Industrieller, in Germany, or Comité des

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

³ Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990.

⁴ Jürgen Kocka, *Modèle européen et cas allemand*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jürgen Kocka, Berlin 1996.

⁵ "Many times the government was giving monopoly rights to individuals to initiate development and most of the grants went to Court favorites, who had no knowledge of industry or trade and set up weak enterprises behind tariff walls." - Pamela M. Pilbeam, *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1990.

⁶ Jürgen Kocka, *Modèle européen et cas allemand*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited by Jürgen Kocka, Berlin 1996.

Forges, in France, has extremely strong connections in the political circles and were very influent in all the questions concerning economic and social legislation¹. The business elites could afford to buy parliamentary support for the laws they wanted enacted, becoming the main promoter of economic legislation.

As opposed to a legal system dictated by the interests of the very rich financiers and industrialists, in the US, where the middle class was much stronger, law was shaped by small entrepreneurs, adepts of a more competitive economic environment. As C. Wright Mills writes, *"In any well conducted Senate hearing on economic issues, someone always says that the small entrepreneur is the backbone of the American economy"*². This statement (may it be true or not), reflects actually the political influence of the much stronger American middle class. Out of the big number of middle class members came the idea that *"the small capitalist ought to be a privileged class and ought to rule the country, and that other classes ought to be prevented from growing too large, if possible..."*³.

Big institutional investors and trusts could have never been limited in their actions in the US had there not existed a strong layer of smaller investors, small players with considerable political power, and the public outrage could not have been so important had there been no public, i.e. middle class voters, wealthy enough to care about more than what they would be eating tomorrow.

This was not the case in Continental Europe, backward enough (socially and not only) to rely its progress on the big wealthy families and on the state, therefore, not having any interest in limiting their actions.

Conclusion

This paper is trying to point to the fact that the social structure and class antagonisms were the determinant factors of the present days' differences in the structure of corporate ownership in the US and Britain as opposed to France and Germany. These social factors, with origins going back to the 18th century, influenced corporate ownership and securities markets directly, (a more numerous middle class as the main explanation of corporate ownership dispersion), and indirectly (law and politics matter, but they were themselves the result of social determinants).

We compared relevant statistical data with the purpose of showing that the British and the American societies were much more modern at the beginning of the 1800s, and that Germany and France continued to lag behind throughout the century. Even if the older the statistical data are, the less reliable they become, we took into account the industries in which the active population was employed, the traffic on the railways, the postal services, the numbers of motor vehicles in use, the number of students in the universities, and the banks deposits, in order to prove

¹ Youssef Cassis, *Monde des affaires et bourgeoisie en l'Europe de l'Ouest*, in *Les Bourgeoisies Européennes au XIXe siècle*, edited under the direction of Jurgen Kocka, Berlin 1996.

² Mills C. Wright, *White Collar and the American Middle Classes*, New York 1951.

³ *Ibidem*.

that, by and large, the American and the British middle class was more numerous and had more capital ready to invest than it was the case in Continental Europe.

Furthermore, we have showed that in Continental Europe the potential investors were more risk averse because of their cultural background. Therefore, out of these potential investors, a smaller proportion actually became investors in France and in Germany, increasing the gap between these countries and the Anglo American world.

The development of capital markets in the UK and in the US, therefore, relied heavily on the appetite for investment of the middle class and on its financial power. The very big number of gamblers trying to jump a few steps up on the social ladder plus the many investors from Europe who wanted to protect their capital from the social unrest and the wars taking place on the Old Continent created the dispersed corporate ownership in the US.

The impact that the two world wars had on the development of capital markets in Europe can also be assessed by taking into account the modifications in the social structure that followed.

The government's responsiveness to the concerns of the business environment was also determined by how influential the middle class was in that society. Analyzing the correlation between the political party in power at a certain moment and corporate law is just another way of measuring the role played by the middle class and its weight in the society compared to other constituencies.

In this light, there are enough reasons to believe that the political and the legal determinants of corporate governance are in fact social determinants and that the origins of the current differences in corporate governance across the world go back to 18th century factors.

Bibliography:

1. *Wall Street - a history*, Charles R. Geisst, Oxford University Press 1997
2. *The London and New York Stock Exchanges, 1850 – 1914*, R.C. Michiw, Allen & Unwin, 1987
3. *The Equity Culture - The story of the Global Stock Market - B. Mark Smith*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003
4. *Les Bourgeoisies européennes au XIXe siècle / sous la direction de Jürgen Kock; par Youssef Cassis... [et al.]*; traduit de l'allemand par Dominique Tassel et de l'anglais par Jean-Pierre Bardos. [Paris]: Berlin, 1997, c1996
5. *La petite bourgeoisie en France – cahiers libres 270 – 271*, Christian Baudelot, Roger Estabiet, Jacques Malemort, Francois Maspero, Paris 1974
6. *The petite bourgeoisie in Europe 1780 – 1914, Entreprise, Family, and Independence*, Geoffrey Crossick and Heinz-Gerhard Haupt, Routledge London and New York, 1995
7. *The middle classes in Europe, 1789-1914: France, Germany, Italy, and Russia*, Pamela M. Pilbeam, Houndmills, Basingstoke, Hampshire : Macmillan, 1990
8. *The emergence of the middle class: social experience in the American city, 1760-1900*, Stuart M. Blumin, Cambridge [England] ; New York : Cambridge University Press, 1989
9. *Market sentiments: middle class market culture in 19th century America*, Elizabeth White Nelson, Washington DC: Smithsonian Books, 2004
10. *The Work Ethic in industrial America, 1850 – 1920*, Daniel T. Rodgers, Chicago: University of Chicago Press, 1978
11. *Class Formation in Nineteenth-Century America: The Case of the Middle Class*, Melanie Archer; Judith R. Blau, Annual Review of Sociology, 1993
12. *Strong managers, weak owners: the political roots of American corporate finance*, Mark Roe, Princeton, 1994
13. *Political determinants of corporate governance*, Mark Roe, Oxford University Press, 2002
14. *Law and Finance*, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert Vishny, 106 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1113 (1998)
15. *Corporate Ownership Around the World*, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, , 54 THE JOURNAL of FINANCE 471 (1999)
16. *The Common Law and Economic Growth*, Paul Mahoney, 30 J. LEGAL STUD. 503 (2001)
17. *The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control*, John C. Coffee, , 111 YALE L.J. 1 (2001)
18. *The visible hand*, Alfred Chandler, in Louis Putterman & Randall Kroszner, Eds., *The Economic nature of the firm*, Cambridge University Press, 2d Ed. 1996
19. *The Structure of Ownership*, Harold Demsetz in Louis Putterman & Randall Kroszner, Eds., *The Economic nature of the firm*, Cambridge University Press, 2d Ed. 1996

20. *White Collar – the American Middle Classes*, C. Wright Mills, Oxford University Press, 2002
21. *The Rise of Merchant Empires – Long Distance Trade in the Early Modern World*, Edited by James D. Tracy, Cambridge University Press, 1990
22. *The End of Insularity – Essays in Comparative Business History*, Edited by R.P.T. Davenport – Hines and Geoffrey Jones
23. *Poverty and Capitalism in Pre-industrial Europe*, Catarina Lis, Hugo Soly, Humanities Press, 1979
24. *American Economic Growth and Standards of Living before the Civil War*, Edited by Robert E. Gallman and John Joseph Wallis
25. *The Stock Exchange: Past and Present*, Arthur H. Woolf, London, G.E.E Publishers Ltd, 1913.

*
* * *

Editura JUNIMEA, Iași – ROMÂNIA,
Bd. Carol I, nr.3-5, cod 700506,
tel./fax: 0232-410427
e-mail: junimeais@yahoo.com

PRINTED IN ROMANIA